J. germ.
163
4°

J. germ.
163 r.

Roshirt

Digitized by Google

Das

Französische und Badische

Civilrecht,

dargestellt

von

Dr. C. Fr. Roßhirt,
Großherzogl. Badischen Geheimen Hofrath und Professor.

Ersten Bandes erste Abtheilung.

Einleitung. Vermögensrecht im Allgemeinen.
Besitz und Eigenthum insbesondere.

Heidelberg.
Druck und Verlag von Karl Groos.

1842.

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

Seiner

Königlichen Hoheit

dem

Großherzoge

Leopold von Baden.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Das römische Recht hat für uns eine doppelte Seite:

a) die historische selbst zum Verständnisse der Pandecten, wie jetzt v. Savigny die Sache behandelt und so den Ausdruck „heutiges d. i. justinianisches römisches Recht" nimmt.

b) die wirklich heutige oder practische, wie nämlich das justinianische Recht auf die Gegenstände der neueren Gesetzgebungen und unsrer gemeinrechtlichen deutschen Praxis als eines für sich bestehenden Systemes angewendet ist. Unsere Pandecten.

Dem Code Napoleon lagen also auch Pandecten vor: ein gemeines Recht in Frankreich, aber durchaus von anderer Art als bei uns. Als erste Richtung für das Studium des Code sehen wir an die buchstäbliche Einlernung der Artikel des Code, die der Studierende und Practiker oft für sich vornimmt, leider aber auch dabei stehen bleibt: die andere und bessere Richtung ist die wissenschaftliche Behandlung des Code, wo dargestellt wird, was aus dem früheren Rechte kömmt, und was neu ist, und wie Praxis in Frankreich Beides verbunden hat.

Hiernach haben wir folgendes System uns gedacht: Im ersten Bande das unmittelbare Recht an Liegenschaften mit Rücksicht auf die beweglichen Sachen: im zweiten Ban-

Digitized by Google

de das mittelbare Recht an den Sachen und die andern Verbindlichkeiten: im dritten Bande Civilstand und Familienrechte, im vierten Bande Erbrecht und Schenkung, im fünften Bande den Uebergang in den Proceß.

Gegenwärtig machen wir einen Versuch mit dem ersten Gegenstande, zusehend, ob die Arbeit weitere Aufmunterung findet. —

Digitized by Google

Allgemeine Einleitung.

Erste Abhandlung.

I. Die unbestimmte und nichts sagende Ansicht von dem römischen Rechte als raison ecrite ist die Ursache des zunehmenden Verfalls der Rechtswissenschaft in Frankreich.

II. Der von Portalis in seinem Einleitungsdiscurse ausgesprochne Gedanke, römisches Recht, Gewohnheiten und Ordonnancen in eine Einheit zu bringen, scheint zwar dem Zustande des Rechts in Frankreich entsprechend: allein er hätte nicht so ausgeführt werden sollen, wie es geschehen ist, nämlich so, daß die Principien des einen und andern Rechts gefährdet worden.

I. Es war an sich nicht die beste Zeit, als die Revolution das Signal zu einer neuen Gesetzgebung gab. Aber Gesetzgebungen hängen nicht von der gelehrten Ansicht der Menschen ab, nicht von der Philosophie und Abstraction einzelner Denker, und die Zukunft wird vielleicht darüber erstaunen, daß wir Gesetzbücher wollen, wenn wir recht gelehrt genug sind, wo wir keine brauchen, oder wenn das ganze Volk ein Juristenvolk ist, wozu es nie kommen wird. Wünschen wir uns alle gleich gelehrt, das Volk gleich juristisch und in allen Dingen nationell entschieden, es bleibt dies

Digitized by Google

doch nur ein frommer Wunsch! Große politische Umänderungen drängen zu einer Gesetzgebung den Gelehrten und Ungelehrten, und fragen Nichts nach der Nationalität [1]). Die französische Gesetzgebung hat in der Form selbst wenig an den Grundsätzen verändert, welche die französischen Juristen damals hatten, und es ist nur sehr gefehlt, daß die jetzigen Commentatoren in Frankreich ganz ungeschichtlich verfahren, nach den neuesten arrêt's commentiren, ein paar römische Stellen herbeiziehen, aber uns nicht sagen, woraus diejenigen schöpften, die aus ihren Kenntnißen nnd nicht aus einer neuen Zeit die Sätze zum Code fanden. Die Franzosen müssen erst Historiker werden, wenn es je dahin kömmt, z. B. sie müssen uns z. B. die Verordnungen des 18ten Jahrhunderts darstellen, die über Donation, Testament, Substitution, gemacht waren mit den damals sehr verständigen Noten z. B. von Sallé, damit wir einsehen, warum jetzt das französische Erbrecht so eigenthümlich dasteht. [2]) Was übrigens im Code geschehen ist, das war die Tendenz des ganzen 18ten Jahrhunderts so gut in Frankreich, wie in Deutschland, nur mit einigem Unterschiede. Dort nämlich reformirte man nur einzelne Lehren im practischen Geiste; hier dachte man an ein Ganzes theils nach den Ideen der neuen Naturrechte, theils weil man gelehrter war als practisch. [3])

In Frankreich hatte man von jeher Gelegenheit genug, das römische Recht im Gegensatze zum germanischen zu prüfen, da man die Länder des geschriebenen Rechts den andern entgegensetzte, während man in Deutschland höchstens

1) Auch in Preußen lag ein politischer Grund vor. Und in Oesterreich, wo das Naturrecht herrschte, fehlte es auch nicht an politischen Rücksichten. Andere Meinung hat v. Savigny.

2) Dasselbe ist keineswegs gelungen, wie unten eine Darstellung zeigen wird.

3) Doch hat ein gesunder practischer Sinn auch in Deutschland soviel gelehrt, daß, wenn man auch nicht die schönen vernunftrechtlichen Entwickelungen der römischen Juristen genau faßte, man doch gut that, von der unbrauchbaren römischen Gerichtseinrichtung, den verschiedenen Actionen und Exceptionen sich zu befreien, die für unser Recht unpassend sind. Dies war Sinn und Zweck der neueren Gesetzgebungen.

Digitized by Google

gemeines und sächsisches Recht nebeneinander hält: aber unbestritten war auch in Frankreich der formelle Sieg des röm. Rechts entschieden, wie man schon aus der gelehrten Behandlung der Contumes sieht, z. B. von Charondas über die von Paris, von Pothier über die von Orleans. Molinäus allein war nicht genug von der rationellen Vollkommenheit der einen Seite des römischen Rechts erfüllt, als daß er es anders hätte behandeln können, wie eine subsidiäre Quelle; aber auch seine Arbeit war höchst löblich, denn auf ihm ruhte in der That Pothier in den Obligationen, Servituten u. s. w.

Die Franzosen blieben auch darin practisch, daß sie die einzelnen Lehren des Civilrechts nach und nach abhandelten, und durch einzelne Decrete darstellten, gerade dadurch dem Neueren seine Stellung [4]) und dem Aelteren seine anschließende Bedeutung gaben: aber nie haben sie sorgsam überlegt, was mit dem römischen Rechte von nun an anzufangen sei. Keine Zeit hat in der Interpretation des römischen Rechts genug unterschieden was blos zu der Ausbildung und zum Verständniß der Digesten diene, für uns aber unpractisch ist, und worüber man jetzt — unbewußt um das Resultat — ganze Bücher schreibt z. B. über Condictionen, stricti juris Actionen, Capitis Deminutio u. s. w. — und was am römischen Rechte allgemeinen Begriffen, ihrer Interpretation und Fortentwickelung entspricht und was zu allen Zeiten das Gemeingut aller Juristen sein wird, und auch in das gemeine deutsche und französische Recht übergegangen ist.

In einer Zeit der Philosophie, wie sie Portalis nennt, denkt man immer an seine Vernunft: die Vernunft war die Göttin der Franzosen, und das römische Recht la raison ecrite. Sollte dieses soviel sagen, vom römischen Rechte gilt nicht das alte jus civile, sondern die allgemeine Weltrichtung, dasjenige, was auf uns anwendbar ist, so war der Gedanke gut: sollte es aber soviel heißen, nur wenn das römische Recht an unsrer Vernunft geprüft und anerkannt wird, zweckmäßig befunden wird, ex arbitrio singulorum, wo es zum Theile alle Objectivität verliert; so ist der Gedanke schlecht.

4) z. B. dem Familienrechte.

Digitized by Google

Das Erste verstanden die Deutschen, wenn sie das römische Recht ein subsidiäres nannten, es in rein historischer und exegetischer Weise studierend, das historisch Unfruchtbare wegwerfend: in das Andere fielen die Franzosen, die nur dadurch glücklicher waren, als die Deutschen, weil sie kein eigenes Naturrecht hatten, und in dem römischen Rechte freilich ihr Vernunftrecht, ihr einziges und daher höchst sonderbares jus gentium fanden. Die Franzosen sind hier im großen Irrthume: allein der Erfolg des Irrthums ist für sie nicht großartig. Sie können nämlich überall ihr neues Recht an das römische anknüpfen, sie haben an sich die Form der römischen Rechtsbildung angenommen, und können nicht nur römische sondern auch germanische Institute darnach weiter entwickeln, ja sie können alles Fehlende, weil, wie Portalis sagt, ihr Gesetzbuch nur ein Grundzug sei, die Interpretation aber dem Verstande des Richters überlassen werden soll, mit Rücksicht auf das römische Recht finden. Nur so wird des Richters Vernunft gleichsam controllirt, und verliert ihre nichtssagende, eigenmächtige Souveränetät. Dies war auch der Gedanke, welcher den badischen Gesetzgeber freilich unklar genug an das römische Recht wies. Aber ganz Unrecht scheinen in dieser Ansicht Thibaut und Grolman zu haben. Beide glauben, der Code sei ein in sich abgeschloßenes Gesetzbuch, welches den Anfang eines neuen Ganzen bilde, und auf welches unmittelbar die Logik angewendet werden müße. Jedes Herbeiziehen der Dinge der Vergangenheit verderbe den freien Sinn der Gesetzgeber, die das Buch als eine neue Ordnung bürgerlicher Verhältnisse hätten geben wollen. Freilich lassen sich diese Herren auf die inneren Kräfte nicht ein, mit welchen die nähere Entwickelung des Code geschieht; der Romanist wie Thibaut wird dann gewiß seinen Code auf derselben hier errichteten Basis anders auslegen als der Germanist. Die Franzosen aber haben noch eine andere Richtung, indem sie die reine practische Methode der Urtheilsprüche haben, die vielleicht dereinst eine Quelle der Jurisprudenz werden können, aber es jetzt noch nicht sind. Vor der Hand wollen wir hier nur einfließen lassen, daß die arrêts bei einer Gesetzgebung, die in vielen Punkten eine Abstraction ist, nur da helfen können,

Digitized by Google

wo sie keine ist, und daß man schon frühzeitig auf diesen Unterschied hätte aufmerksam werden, und die arrêts einer neuen Richtung hätte unterwerfen müßen. Doch darüber wird einst die Zeit entscheiden, wenn theils auf diesem Wege, theils auch durch die ungesunde Vielschreiberei des Dogmatisirens die französische Literatur verunstaltet sein wird. [5])

Merkwürdig ist es, daß die französischen Literatoren viel mehr Gewicht auf das römische Recht legen, wie die deutschen Civilisten und die Germanisten einer frischen Nationalität. Diese haben allerdings auch manches für sich; die Civilisten verurtheilen das lebensunklnge Suchen nach den unfruchtbaren Antiquitäten; die Germanisten dagegen werden immer eifriger auf ihre Antiquitäten, weil ihre dogmata unausgebildet sind, [6]) allein dies Alles von beiden Seiten ist ein Spiel, welches in concreto selten zur Entscheidung führt, in abstracto aber keinen Zweck hat.

Wir gehören keineswegs zu den Verfechtern eines neuen Typus, einer neuen Gesetzgebung, wir behaupten vielmehr, der Code sei nicht so sehr revolutionär, wie seine Zeit; wir halten ihn für Frankreich unersetzbar, für Deutschland nur da zuläßig, wo er wie in Frankreich ähnlich feststeht [7]): aber er ist ohne römisches und germanisches Recht, nicht sorgfältig zu erforschen und zu behandeln.

Eine ganz neue Lehre hat sich z. B. im französischen Erbrechte gebildet, offenbar deshalb, weil die vorausgegangenen Ordonnanzen noch den Unterschied der Länder des geschriebenen Rechts und der Gewohnheiten zuließen, im übrigen bei den ersten mehr am römischen Rechte hielten, und das römische Recht auch bei den andern da zuließen, wo es schon herkömmlich war. Der Geist der Einheit der neuen Gesetzge-

5) Schon Proudhon in seiner Vorrede zu dem Werke über ususfructus bemerkt la science des arrêts n'est guere en elle meme qu'une science de fait — noch weit davon sey man von der series rerum perpetuo judicatarum c'est a dire, cette raison universelle, qui uniformement appliquée a l'interpretation doctrinale des loix, constitue les regles immuable de la Jurisprudence.

6) Sie wissen z. B. noch immer nicht, worin das germanische Eigenthum der Flüsse besteht u. s. w.

7) Mit den Notariaten, dem Cassationshof u. s. w.

ber ging darüber weg, kam an den deutschen Erbvertrag, welchen sie gleichwohl nur bei der Ehe zuließen, dagegen die Schenkung und das Codicill für einen gleichzweckigen ähnlichen Act ansahen, neue Formen bildeten, wenig von der Idee der Universalsuccession abhängig machten, worauf die Schenkung nicht paßte, und auf diese Art in eine unlogische Richtung des nicht mehr anwendbaren deutschen Rechts kamen — Notherbenrecht und Pflichttheil in einen Vorbehalt verunstalteten, die Lehre des Irrthums nicht einmal erwägen: die Aufhebungsgründe der Schenkungen nicht gehörig bestimmten[8]) u. dgl. mehr; also in der That diese Lehre so verdarben, daß sie weder Römisch noch Deutsch ist, weßhalb sie auch weder einer gesunden Critik noch einer klaren practischen Anwendung entspricht. Hier ist denn auch nur dadurch zu helfen, daß man im Einzelnen durch Billigkeitsrücksichten, genommen aus dem besseren Geist des römischen Rechts, beizuwirken sucht, keineswegs aber gegen offenbare Fehler eingreift, weil dieses gegen den Geist der neueren souveränen Gesetzgebung ist. Aber also auch hier ist das römische Recht nicht zu entbehren und die Franzosen, die immer weiter von einer rein historischen Seite desselben zurückkommen, zumal hierin namentlich im Notherbrechte nicht einmal Heineccius in seinen Antiquitäten die Sache gut behandelt hat, sind am meisten zu beklagen.

Am besten steht das französische Recht in der Lehre von den Verträgen als dem Haupt- und gewissermaßen einzigen

8) Die Franzosen haben manchen im römischen Rechte entschiedenen Zweifel nicht verstanden, und sind hier rückwärts gegangen. Z. B. jemand erklärt, du sollst meine Uhr nach meinem Tode haben: dies ist wohl eine Schenkung, denn donationes directae und mortis causa werden nicht unterschieden; aber sollte beigesetzt werden, wenn ich nicht zu etwas Anderm bestimmt werde, so ist dies keine Schenkung nach Art. 944. Hier also ist das Geschäft ungültig, wenn nicht die Codicillform da ist — eine nicht klar ausgedrückte unnatürliche Richtung. Ebenso ist es bei der Schenkung einer fremden Sache. Diese ist verboten. Aber das Codicill unter einer Bedingung ist erlaubt, also, wenn ich wissentlich eine fremde Sache vermache, gilt die Anordnung Nichts, wenn ich aber den Erben anweise, die Sache zu kaufen, gilt sie!

Digitized by Google

Theile des practischen Obligationenrechts. Sie sind hier großentheils den Ansichten von Pothier gefolgt, der zwar oft unklar und unbestimmt ist, aber alles so gelassen hat, daß man die Ansichten des römischen Rechts selbst über die feineren Verhältniße z. B. der Untheilbarkeit der Obligationen; der cause bei Verträgen leicht einführen kann. Die Lehre von der Sammtverbindlichkeit ist verunstaltet, bei einzelnen Verträgen ist Manches verdorben, die Lehre von der Haftung bei Delicten ist zu abstract und unbrauchbar gegeben: aber allen diesen Punkten ist leicht nachzuhelfen, wenn man nur das römische Recht kennt, und weiß, wie die Franzosen auf die eine und andere Ansicht gekommen sind, die ja dann in ihrem Geiste und nach ächter Wissenschaft angewendet wird.

In der Lehre vom Eigenthume und von den Servituten sollte man gar nicht mehr von den dinglichen Rechten sprechen, denn einmal fängt man schon an, die Beziehung auf Körper aufzugeben und eine Art von geistigem Eigenthume im Schrifteigenthum anzunehmen, und das andremal sind nur die Klagen auf unbewegliche Sachen von der Art, daß hier gleichsam ausnahmsweise jeder Besitzer zu Recht stehen muß; also der germanische Geist tritt hier hervor, und die Ausdehnung der Klage bei unbeweglichen Sachen ist nur eine bloße Folge der angenommenen Publicität des Rechts. Von den dinglichen Rechten der Franzosen sollte man gar nicht schreiben, und wer dies thut, verkennt den Geist und die Geschichte des französischen Rechts. [9]) Hierher gehören durchaus germanistische Studien, die alte Lehre von der domaine der Franzosen, die Umschaffung der Servituten nach neuen städtischen und ländlichen Verhältnißen, die veränderte Erwerbung des Eigenthums und der Servituten und nur derjenige wird hier Glück machen, welcher den vorherrschenden neuen germanischen Geist hervor zu finden weiß. [10])

9) Die Sache ist eigentlich so: über das unbewegliche Gut ist die Klage eine actio in rem scripta der Römer, d. h. eine bloße Erweiterung der Obligationenklage.

10) Das deutsche Privatrecht fällt mit Recht zusammen, wenn man das öffentliche Recht besonders im Eigenthume (Regalien) davon trennt, und das Recht der Stände, namentlich auch das Handelsrecht und Gewerbsrecht scheidet.

Digitized by Google

Aber das römiſche Recht wird auch hier eine richtige Aufſtellung, und zwar bloß als Gegenſatz vermitteln.

Von dem Familienrecht wollen wir hier nicht ſprechen; es iſt dies der revolutionäre Theil des Geſetzbuchs, und wenn gerade hier ein Volk allein eigenthümlich bleibt, ſo werden wir unten zeigen, warum die Franzoſen hier eigenthümlich ſein wollten, [11]) und dieß Recht auf die Deutſchen durchaus unanwendbar iſt. Wie haben ſelbſt Deutſche z. B. Grolman gefehlt, daß ſie hier überall das Vernünftigſte fanden; wenn auch im wahrhaft gemäßigten und guten Sinne wie z. B. bei der an ſich zu verbietenden Ehe der Geiſtlichen.

Genug — über ſolche allgemeine Anſichten: die Franzoſen konnten wohl bei dem Familienrechte das Alte nicht gelten laſſen; bei dem Erbrechte höchſtens eine verbeſſernde Anwendung des ſchlecht beſtimmten annehmen: im Eigenthume und den Servituten [12]) aber muß man immer auf das germaniſche Studium und in den Obligationen durchaus auf das römiſche Recht zurückkommen. Und in letzterer Hinſicht hätten die Franzoſen das römiſche Recht offenbar als ein ſubſidiäres müßen gelten laſſen.

Noch immer iſt der Geiſt des Studiums im Rechte ſehr verſchieden: beſonders wenn es einer neueren Geſtaltung gilt. Die Practiker fehlen hier am meiſten — der Franzoſe kömmt oft noch in ſeine Vergangenheit, ſo ſchlecht auch die literäriſche Führung z. B. in Camus iſt, aber erleuchtete Köpfe finden das Rechte und das juriſtiſche Räſonnement entſpricht in Frankreich beſonders durch die Theilnahme an größeren, auch politiſchen Erfahrungen einem großen Volke: allein in einem kleineren deutſchen Staate, ſowohl in Baden wie in den Rheinländern, wenn man nicht fortwährend an das franzöſiſche Volk und an die franzöſiſche Praxis ſich anſchließen will, iſt die Arbeit ſehr ſchwer und beſonders in Baden, wo das Geſetzbuch ſchon wegen andrer Inſtitutionen halb deutſch geworden iſt, kömmt man am leichteſten auf eine Buchſta-

11) Es aber nicht ſind, ſondern nur einem appetitus spurius folgten.

12) Hier iſt Pardessus nicht übel, aber er fehlt, indem er durchaus Vieles aus römiſchem Rechte interpretiret.

Digitized by Google

ben- oder doch allgemein und flach räsonnirende Jurisprudenz.

Im wissenschaftlichen Sinne darüber wegzugehen, erfordert noch eine große Zeit wissenschaftlicher Vorbereitung mehr, und es ist viel leichter, einen guten Kenner des römischen Rechts, als einen guten Kenner nicht nur des badischen Landrechts als aller seiner Desiderien zu finden. Freilich hilft beides im tüchtigen Manne zusammen, denn nicht genug können wir schätzen, was ein lebendiges Recht für eine Erregtheit in der Auffassung und Bildung des alten Rechts gibt, sowie alle unsre Bildung nur eine Folge der Einsicht dieses Gegensatzes wird. Und kein Recht ist zur Kenntniß der Gegenwart wichtiger, wie das französische.

Kommen wir so zu dem französischen Rechte zurück, so ist unbestritten:

1) daß die genaue Kenntniß des römischen Rechts auch in Frankreich die Grundlage der juristischen Bildung ist,

2) daß eine beßere Einleitung der französischen Rechtsgeschichte voraus gehen sollte,

3) daß man im Obligationenrechte offenbar das römische Recht als subsidiäre Grundlage annehmen und darauf hin interpretiren sollte,

4) daß man im Eigenthumsrechte den Gegensatz deutscher und römischer Principien wohl fassen sollte,

5) daß man die ganze Fortbildung des Rechts im Geiste der rationellen Entwickelung des römischen Rechts auffassen, und schon in dieser Richtung überall auf dasselbe achten sollte:

so, daß aus allen diesen Betrachtungen das Resultat kömmt: mit der Ansicht des römischen Rechts als raison ecrite ist nichts zu machen, sondern nur in der eben hier gegebenen wahren Bedeutung desselben. —

Betrachten wir nun die schriftstellerische Richtung der Franzosen und ihrer Praxis dazu, so sieht man

1) bald, daß man auch in Frankreich unsre Ansicht jetzt theilt, z. B. bei Toullier, [13]) Troplong weniger bei

13) Obgleich dieser eigentlich mehr construirend und analytisch wie wissenschaftlich verfährt.

Digitized by Google

Duranton; allein einmal ist man dort sehr für das einmal eingewöhnte Recht, und mit allem Grunde, weil die Objectivität des Rechts mehr Werth hat, als der Scepticismus, das andermal kennt man den rechten Weg nicht d. h. das römische Recht in den Obligationen durchaus herrschen zu lassen — weniger im Eigenthume oder in den Servituten, wo mehr auf die negative Seite des römischen Rechts und positiv auf das angränzende neue öffentliche Recht geachtet werden muß.[14]) Aus dem franz. Erbrechte wird nie etwas anders herauskommen, als daß einfache Fälle entschieden sind, schwierige aber in eine Unzahl kaum logisch gut zu entscheidende Controversen führen werden.

2) Die Praxis selbst muß ganz nach den angegebenen Unterschieden gewürdigt werden: im Familienrecht und Erbrecht wird sie allein einen objectiven Anhaltpunkt gewähren, denn die Doctrin kann hier nichts machen. Im Eigenthum, Servituten und Obligationenrecht dagegen wird die Doctrin sicher über der Praxis schweben, und die arrêts können mehr verwirren als gut machen.

Auch hier zeigt sich, worauf alle Tendenz civilrechtlicher Entwickelung hingeht, und auch schon bei den Römern hinging: nämlich Obligationen, Successionen und Rechte unter Lebenden gehören der Wissenschaft, und der Code, ist hier dem Schicksale der Bildung am treuesten geblieben: Familien- und Erbrecht gehört dem Volke; hier waren die Franzosen revolutionär auch schon vor ihrer politischen Revolution und dieses Recht können wir daher in Deutschland auch gar nicht brauchen und genießen. Die Franzosen werden auch hier einstmalen eine Umbildung vornehmen, besonders wenn sie die Ansicht von dem römischen Recht als raison, über welche der Franzosen eigene raison steht, aufgeben, und dasselbe als eine Entwickelung des Rechts betrachten, die nur da nicht paßt, wo unsre Verhältnisse verschieden sind: wie z. B. im alten Rechte der Quirites. Ebendeshalb aber müßen die Pandecten in Frankreich nicht nur an sich d. h. historisch, z. B. wie Savigny sie behandelt, sondern auch nach dem usus studiert werden, welchen sie zu

14) Proudhon über die öffentlichen Domänen.

Digitized by Google

der Zeit hatten, wo der Code gemacht wurde. So wird es jetzt auch in Preußen gehalten, und das römische Recht muß gerade dieselbe Richtung in Frankreich einnehmen, die es jetzt in Preußen hat. —

II. Als man an die Zusammenstellung des französischen Rechtes kam, wollte man Ordonnancen, Contumes und römisches Recht vereinigen. Dieses ist theilweise unthunlich z. B. unter Ludwig XV. waren einzelne Ordonnancen für das Erbrecht erlassen, die eine ganze neue Richtung der Grundsätze enthielten. Hiernach waren Erbeinsetzungen, Legate und Schenkungen untereinander gebracht. Man behielt dieses Recht bei; gleichwohl berief man sich oft wieder auf das alte römische Recht z. B. nach dem Art. 894. und resp. dessen Berathung im Staatsrath sollte nach Portalis die Schenkung als ein unwiederrufliches zum Testament als einem widerruflichen Rechtsgeschäfte stehen. Diesem widersetzte man sich im Geiste des Rechts des Kanzlers d'Aguesseau; allein statt positive Gründe vorzubringen, hielten sich die Einen wie Portalis am römischen Rechte, die Andern an der Vernunft.

In der That berief man sich daher auf das alte Recht, aber blos zum color, den in der Engherzigkeit der Zeit hat man die ganze Erbrechtslehre, die schwerste unter allen Lehren des Civilrechts, unstudiert und leichtfertig behandelt.

In der Wahrheit ist das französische Recht auf die sonderbarste Art zur Existenz gekommen: man kannte wohl das positive Recht jener Zeit, welches freilich selbst in Frankreich jetzt vergessen ist, aber man machte im Sinne der neuconstruirenden Zeit willkührlich ein neues Recht: man berief sich bei der Rechtfertigung desselben manchmal auf die Vergangenheit, aber mehr noch deducirte man das Gemachte aus der reinen Vernunft, weßhalb auch die Betrachtungen in den gesetzgebenden Versammlungen nichts bedeuten und weniger Werth zur Erklärung haben: großentheils ließ man das Historische in der Darstellung und Entwickelung fallen, um der Nation jener Zeit das Geerbte zu ersparen, und sich mit neuer Würde aufzustellen; in der That die Vergangenheit ging unter, und ein neuer Phönix stieg aus der Asche; und diese Richtung hat sich auch in der Erklärung des Code

Digitized by Google

in Frankreich und in Deutschland erhalten; aber sie ist nicht erschöpfend — die Franzosen und wir sollen zuerst den Zustand des Rechts vor dem Code schildern, und dann durch den einfachen Gegensatz darthun, was man anders machen wollte, und was man anders gemacht hat. [15]) Am besten wird man dies nach den vier Rücksichten des Eigenthums und der Obligationen, des Familien- und des Erbrechts darthun, und so einen sichern Grund für alle künftige Interpretation legen. Gefühlt haben die practischen Franzosen die Wahrheit von jeher: ihren **Pothier** tragen sie in der Höhe; er ist der Wendepunkt des alten und des neuen Rechts. In der That wird nicht in dem Zusammenwerfen der Quellen des alten Rechts das neue Recht gefunden, sondern nur indem man den usus modernus des römischen Rechts und der coutumes in der Wissenschaft des 18. Jahrhunderts erkennt, und sieht, was die Franzosen daraus gemacht haben. Schon Ludwig XI. wollte ein einziges und einiges Recht in Frankreich: die Revolution erst hat es geschaffen — die Art der Umwandlung einzusehen ist der wissenschaftliche Beruf unsrer Zeit. Im Uebrigen ist über die Literatur des französischen Rechts nur Folgendes anzuführen.

Die ersten Schriftsteller hoben das Neue hervor, die Gedanken, welche sie selbst aufstellten, oder wirkend sahen, **Locré**, **Maleville**, und es war weder ihr Beruf noch schien es an der Zeit, die Verbindung des Neuen mit dem Alten zu zeigen.

Bald nahmen sich die Gerichtshöfe der Sache an, und die ersten practischen Arbeiten namentlich der Generalprocuratoren [16]) und Advocaten und das Auffinden der Controversen in den Gerichten wurde entscheidend.

Nunmehr kamen auch dogmatische Werke, aber mehr practisch und selten historisch aufgestellt, doch verstand man besser noch die französischen Coutumes als den Geist und Sinn des römischen Rechtes.

---

15) Sehr wenig haben diejenigen in Deutschland Recht, welche das französische Recht aus dem nunmehr besser erkannten römischen Rechte kritisiren.

16) Vor Allem **Merlin**.

Digitized by Google

Jetzt hat man in Frankreich die zwei Richtungen

a) Institutionen zu schreiben, wobei man gar gerne am Code selbst hängt wie z. B. bei Demante, einem Werke für Anfänger,

b) Controversen zu suchen, wohin sich gar nicht glücklich Boileux gerichtet hat. Dieses Buch hat man in Deutschland hervorgehoben, schwerlich mag es tüchtige Kenner in Frankreich zu Freunden haben, man verstände denn die Sache schon früher, und wollte nur bei einzelnen Gelegenheiten an die neuere Dogmengeschichte verwiesen seyn.

Diese ist aber glücklicherweise gut zu führen, weil man nicht viel Werke zu vergleichen hat. Ein paar Hauptwerke über das Ganze, und ein paar Werke über jede einzelne Lehre. Der Controversen aber sind viele entstanden, weil man selbst im römischen Rechte in Frankreich schlimmer noch steht, als in Deutschland am Ende des vorigen Jahrhunderts.

Digitized by Google

Zweite Abhandlung.

I. Ueber den Zustand des franz. Rechts und über den usus vor dem Code. Grundlage desselben zum Code.
II. Geschichte des Code.

ad I. Was in einem Volke die Rechtswissenschaft wird, sieht man am besten aus der Darstellung von Pothier, so oberflächlich sie genannt werden mag; es hatte sich hier Gewohnheitsrecht schon mit dem römischen Rechte verbunden, das letztere war modern aufgefaßt, und so wissenswerth seine Geschichte ist, so hatte man doch gelernt, die Grundsätze des römischen Rechts, die gleichsam naturrechtlich sind, von den alten Formen des quiritarischen Rechts und der alten Proceßregeln und Actionenbildung zu unterscheiden. Es war ein usus juris in Frankreich, freilich weniger genau erkannt, als jetzt in Deutschland, welches wir ebendeßhalb preißen dürfen, denn die Fehler lassen sich hier bei einem gelehrten Richter verbessern, die im französischen Code nicht zu verbessern sind. Immer muß man aber in Frankreich von dem usus vor dem Code ausgehen und Dupin in Camus hat ganz Unrecht, wenn er behauptet, der junge französische Jurist müße das Projet zum Code zuerst nehmen, darauf die Reden und discussions etc. verfolgen, und so zum Begreifen des Gegebenen kommen. Umgekehrt er muß wissen, was vor der franz. Revolution war, um einzusehen was seit derselben ist. Dem Code selbst und jeder einzelnen Lehre sollte

Digitized by Google

eine Uebersicht des Rechts vor seiner Entstehung vorgestellt werden.

Immerhin war das Studium des römischen Rechts in den Pandecten und im Codex und des im 18ten Jahrhunderte in Frankreich gebräuchlichen Rechts etwas sehr Eigenthümliches. Während man in Deutschland, wo seit Herrmann Pistoris, Carpzow, Leyser und andern z. B. auch durch Lauterbach, Stryck ein usus modernus Pandectarum sich zu bilden anfing, kam man von Conring her in Sachsen auf den Gedanken, das sächsische Recht zum gemeinen deutschen Privatrecht zu erheben, wodurch zum Theile die Romanisten sich wieder freier an das justinianische Recht anschlossen, und dadurch unpractisch in Deutschland wurden. Anders in Frankreich. Aus den gesammelten städtischen Gewohnheitsrechten suchte man durch die Verbindung mit dem römischen Rechte ein allgemeines System des geltenden Rechts aufzustellen, wohin schon Molinaeus tendirt hatte, was aber in natürlich fortgerückter Zeit am meisten unserem Pothier gelang, der, so oberflächlich seine Werke an sich seyn mögen, doch den Zweck erreichte, die Vorbereitung zu der Einheit des französischen Rechts zu geben: daher ist hier vor Allem nothwendig die Werke Pothier's zu karakterisiren, und zwar sowohl die des unmittelbar geltenden französischen Rechts als der Pandecten, zugleich mit Einsicht der Quellen, aus welchen Pothier unmittelbar schöpfte. Es ist dies in der That der Anfang des Studiums im neueren französischen Rechte, denn das Eingehen in die Coutumes selbst ist zwar nicht uninteressant, aber es gibt daraus keine leitenden Grundsätze für das neueste Recht so wenig an sich, als daß auch daraus ein sorgfältiges Studium des Corpus juris selbst hervorleuchtet. Nur ist in letzterer Hinsicht das wichtig, daß man im römischen Rechte die Methode der Rechtsentwickelung im Einzelnen lernt, weßhalb auch der Kanzler d'Aguesseau (tom. IV. seiner Werke pag. 619.) sagte, Molinaeus habe denselben Geist und dieselbe juristische Tiefe gehabt, wie einst Papinian und African [1]); obgleich er nicht gelehrt genug

1) Ebenso steht es mit manchem jetzt lebenden französischen juristischen Geschäftsmann.

war, und Cujacius gleichwohl unpractischer dennoch in der Gelehrsamkeit über ihn wegsah, sowie andrerseits Pothier in jeder Hinsicht lang hinter Molinäus stand.

Das bedeutendste Werk Pothiers ist sein Werk über die Obligationen im Allgemeinen. (Seinen eigentlichen Richtungspunkt in der ganzen Bearbeitung des practischen Theils des Rechts werden wir bald zeigen.)

Dumoulin war allerdings auf die philosophische Seite des Obligationenrechts im Allgemeinen und des römischen insbesondere aufmerksam geworden, indem er die Natur der Obligationen nach dem Unterschiede der theilbaren und untheilbaren Obligationen, namentlich in der ersten Hinsicht die Lehre von der Aestimation und vom Interesse hauptsächlich in Betracht nahm. Es war aber nur ein gesunder practischer Tact des geistvollen Mannes, kein durch höhere Ansicht des römischen und philosophischen Rechts gewordener Auftrag. Cujacius, der eingeweiht war in der ganzen römischen Vorstellungsweise sah darüber weg; allein da Dumoulin mit dieser Arbeit gleich andre des practischen Rechts in Verbindung brachte, so wurde er von den Practikern gefeiert, sowie auch seine Ansichten zunächst in das Leben übergingen. Den Begriff einer untheilbaren Obligation, die es nämlich ihrer Natur nach war, wie z. B. einer Prädialservitut und der Wiederherstellung und Garantie der Obligatio auf ein Nichtthun — im Gegensatze zu dem factum individuum mit einer Conventionalstrafe als Correalobligation — endlich das Verhältniß zu der Correalobligatio durch Vertrag und Testament, sowie zur gesetzlichen Solidarobligation hat er freilich nicht dienlich ausgeführt, und Ribbentrop hat auf ihn gar nicht hinsehen wollen: allein eine Menge guter practischer Regeln sind sowohl hier als in der Lehre von der Aestimation von ihm ausgegangen. Pothier, der etwas umfassender noch, immerhin aber nach Dumoulin den allgemeinen Theil der Obligationen, wenn auch in einiger besseren Ordnung ansehen wollte, hat darauf sein Buch geschrieben, gerade in eben der Richtung, wie in Deutschland das ebenfalls sehr geschätzte Buch ähnlicher Art von Weber über natürliche Verbindlichkeiten geschrieben ist. Das letzte ist gelehrter, das Werk von Pothier aber wurde besser ergriffen

Digitized by Google

und war das Erstlingsbuch der jungen französischen Juristen vor dem Code. [2]) Es ist freilich so leicht nicht zu verstehen z. B. richtig definirt Pothier den klagbaren Vertrag unsrer Zeit in den Worten: j'ai dit „promettent et s'engagent", allein es ist dies von ihm selbst nicht verstanden, denn er hätte sagen müßen, da bei uns die promesse an sich nicht wie bei den Römern in der stipulatio verbindlich macht, sondern nur der mit einer materiellen causa sich verpflichtende Wille, so ist dies eben die gegenseitige Annahme des Gebundenseins, wonach der Gläubiger annehmen, und der Schuldner das Interesse prästiren muß, weßhalb man auch mit Recht sagt, das Versprechen das Interesse zu prästiren, wenn es angenommen wird, sei der Contract. Die Convention selbst ist blos die Uebereinkunft an sich — etwas Moralisches: aber die angenommene Erklärung des Interesses dies ist der Contract bei den Franzosen und bei uns. Dies ist der Schlüßel zu der cause, die auch Pothier nicht richtig und nicht klar daestellt. [3])

Hier und durchaus also auch in diesem besten Werke von Pothier zeigt sich, daß es ohne gründliche Kenntniß des römischen Rechts nicht zu beurtheilen ist, und nicht nur der eben angeregte Punkt, sondern alle Hauptlehren des französischen Obligationenrechts werden eine ganz andre Haltung bekommen, wenn der bessere Sinn des römischen Rechts darunter gebracht wird. Wenig haben Toullier und Durantom geleistet eben weil sie lediglich auf Pothier zurückgehen, nicht einmal den tieferen Molinaeus berücksichtigen und weil sie ein Hauptmoment vernachläßigen, aus der Geschichte des römischen Rechts seine Bedeutung zu begreifen. Es wird Nichts thun, wenn manche Ansicht des französischen Rechts falsch erscheint, wie z. B. bei den untheilbaren Obligationen, Correalverbindlichkeiten u. s. w. soferne man nur den richtigen Standpunkt der Sache erkennt, denn so

2) Bernardi in der Vorrede zu seiner Ausgabe.

3) Unter den synallagmatischen Verträgen verstehen die Franzosen in der That die gegenseitige Verpflichtung, die nicht gerade auf eine Zweiseitigkeit hinausführt, als vielmehr auf das Interesse. Selbst im Völkerrechte wenden sie dieses an, wie z. B. in einem Vertrage der fünf Mächte wegen Aegypten.

Digitized by Google

wird es möglich sein, nicht nur seine Geschäfte richtig einzurichten, sondern auch richtig zu beurtheilen. Ebendeßhalb ist das gründliche Studium des römischen Rechts auch in Frankreich so nöthig. Abgesehen aber von dieser negativen Richtung ist auch an der positiven Seite Vieles zu tadeln, z. B. die Lehre vom error — der Begriff dolus ist nicht recht aufgefaßt und practisch unbrauchbar: endlich wenn man in die eigentliche Jurisprudenz sieht, wie hinfällig sind die Auslegungsregeln von Pothier über Verträge, da wo die Römer so unendlich einfach waren indem sie Alles gegen den Proponenten richten und zwar den juristischen Proponenten, wie gegen den Verkäufer, Vermiether, nur mit Rücksichten auf den factischen Proponenten in pactis adjectis.

In der Lehre von den Delicten und von der loi als Entstehungsgrund der obligatio ist Pothier sehr unbefriedigend, wenn auch die Beispiele die er in letztrer Hinsicht gebraucht z. B. mit Hinweisung auf eine loi municipal oder gar auf den Grundsatz non aequum esse cum alterius damno locupletari faßlich, aber nichts weniger als richtig sind!

Der Haupttheil der Arbeit über die Obligationen ist die zweite Sectio, d. h. die Lehre von den verschiedenen Arten der Obligationen. Es werden hier willkührlich zwölf Eintheilungen gemacht, und wichtig ist folgendes:

1) über natürliche und Civilobligationen kömmt gar Nichts befriedigendes vor: Pothier consultirte keineswegs die älteren Romanisten und Molinaeus ließ diesen Punkt als unpractisch liegen. Der große Practiker hatte Recht; aber er übersah die Frage wo eine obligatio in eine Klage übergeht, und wo diese nicht stattfindet. [4])

2) Die Eintheilung in unbedingte und bedingte Obligationen ist deßhalb falsch gegriffen, weil man jeden zwei-

4) Dies ist eine Hauptfrage für die ganze neuere Rechtsgelehrtheit. Gibt es natürliche Pflichten überhaupt: oder gibt es jetzt nur gesetzliche Pflichten, denen gegenübersteht die lediglich dem Gewissen überlassene Moralität. Die Sache müßte erst aus dem Standpunkte der Strafbarkeit durchgefochten werden d. h. ob Immoralitäten nicht bürgerlich strafbar seyen, denn so, wie wir, konnten die Römer nicht denken (honeste vive).

Digitized by Google

seitigen Vertrag als einen bedingten ansah, dadurch die römischen Nominat- und Innominatverträge auf ein Geben verwechselnd.

3) Am vorzüglichsten ist Pothier's Werk, da wo er dem Molinaeus nachschrieb, über Solidarobligationen und über untheilbare Obligationen. Hier ist Molinaeus unter den Alten am weitesten gekommen, aber in Deutschland hat man jetzt doch eine beßere Grundlage geschaffen. Man unterscheidet a) die untheilbare obligatio der Natur nach, b) die untheilbare obligatio in genere oder alternativa, wo Alles von dem eventus der Klage abhängt, c) die obligatio auf ein factum individuum, welches, wenn eine Conventionalstrafe angehängt ist, in dieser Beziehung solidarisch wird, d) die Correal- und Solidarischen Obligationen kraft Vertrag und Testament auf der einen, und kraft des Gesetzes auf der andern Seite, e) die untheilbaren obligationes in solutione wie z. B. bei der Natur des Pfandrechts.

4) Nun kommen die bestätigenden Obligationen, namentlich Cautionen und Pothier läßt sich auch nach seiner practischen Methode auf die nicht römischen, sondern französischen Obligationen ein, welche im allgemeinen vollzugsmäßig eingegangen werden, oder wo sogar ein Vollzug am Körper möglich ist.

Alle diese Dinge haben im Code ihre vollkommenste Stellung gefunden. Ohne Pothier ist der Code nicht zu erklären. Der zweite Theil des Werkes von Pothier ist über die Solutionsarten der Obligationen durchaus römisch, diesem sind die Beweise der Contrahirung und Solvirung beigefügt. Ueberall sind die Verfasser des Code hier auf ihn zurückgegangen. Wir glauben wohl, daß der Code so abgefaßt ist, daß die beßeren Ansichten des römischen Rechts auch jetzt auf ihn anwendbar sind weil er kurz ist, der Billigkeit zusagt, und der civilistische Geist sich bald in jedes Civilrecht findet, aber der Erklärer des Code darf niemals die Schriften Pothiers übersehen.

Nicht weniger ist dies der Fall bei dem besondern Theile der Obligationen. Gar oft haben die Germanisten sich auf den Code berufen als in der That die beste Quelle desjenigen, was man vom germanischen Rechte beibehalten

Digitized by Google

konnte. Auch Pothier hat mit Rücksicht auf das germanische Recht die Lehre bearbeitet. Es sind nämlich:

a) mit der vente die retrait,

b) mit der louage der bail à vente, a cheptels,

c) mit der société die voisinage,

d) die Contracte der bienfaisance (negotia gratuita) prêt à usage, de precaire, prêt de consomption, dépôt, mandat, nantissement [5]) und der quasicontractus negotiorum gestorum,

e) die contrats aléatoires-d'assurance, de prêt à la grosse aventure, de charge, billets de commerce [6]),

f) der contrat de constitution de rente, Leib- und Erbrente,

g) der contrat de mariage, communauté, douaire, des donations entre mari et femme

behandelt, und daraus ist denn der specielle Theil der Obligationen bei den Franzosen gebildet.

Immerhin wird man hier die Grundlage des römischen Rechts, selbst in der Natur der Verträge finden: allein die neueren Vorstellungen sind eingeflochten: aber sehr Unrecht hatte man, bei der ersten Kenntniß, die man in Deutschland von dem Code nahm, Alles auf einzelne römische Stellen und auf einzelne contumes hinzuführen, denn die ersten und letzten waren durch Pothier und seine Vorgänger schon verarbeitet.

Auch in der Lehre vom Eigenthume hatte Pothier geschrieben, namentlich mit Rücksicht auf den Besitz: ebenso über die successions, donations und Testament, jedoch war er in der letzteren Hinsicht nicht so wichtig, wie Furgole. Die letzteren Werke Pothier's waren auch nur in den oeuvres posthumes herausgekommen, für nicht wichtig gehalten und daher nicht wieder gedruckt, bis auf die Hauptsammlung zu 8. vol. zu Paris, die zuletzt wieder von Dupin gemacht ist in 8 Bänden.

5) Die Bürgschaft und andere accessorischen Obligationen hatte Pothier schon in dem allgemeinen Theile der Obligationen aufgestellt.

6) Daraus hat man mit Recht — die aleatorischen Verträge abgerechnet, das Handelsrecht gemacht.

Digitized by Google

Im Obligationenrechte war den Verfassern des Code Pothier die offenbarste Grundlage, und ein weiteres Verfolgen der Sache wäre nur im Interesse der Geschichte nicht zum Verständniß des Code selbst nöthig.

Im Eigenthume und bei den Servituten aber hielten sich die Verfasser des Code an das germanische Recht, obgleich sie in die römische Form selbst eingewöhnt waren, und hier ist der Rückblick auf die alten Coutumes mit ihren Anmerkungen wichtiger. Die Verfasser hatten diese Sache auch von der ältesten Zeit her compendienweise zusammengestellt. [7]) Freilich war man auch hier etwas durch die Revolution, z. B. wegen der Lehen genirt, weßhalb eben das Obligationenrecht das reinste und freieste ist, was man von der alten Zeit brauchen konnte. Vorerst mußten alle Lehren über fiefs et droits seigneuriaux verworfen werden, was wieder auf das römische Recht zurückführte, obgleich man zum ächten Begriffe des Eigenthums nicht gelangte und im Besitze selbst dem alten Schlendrian folgte: damit war auch dasjenige verbannt, was man in Deutschland der Regalität zuschrieb. Ferner die Domänen und Appanagen des Königs gingen unter, dagegen trat das Nationalgut hervor, und einige allgemeine administrative Grundsätze über Forsten und Wässer wurden angenommen.

In Hinsicht auf die Servituten sah man auf die Werke von Caepolla, Dandinus, die im römischen Sinne geschrieben hatten, sofort aber auch auf ein französisches Werk „traité des servitudes reelles a l'usage de tous les parlements et siéges du royaume, par la Laure, avocat a parlement Paris 1761., wo die Grundsätze der Gewohnheiten befolgt waren. Ganz in diesem Geiste ist mit Recht auch das neueste Werk über den Code von Pardessus eingerichtet. Man hatte auch besondere Bauordnungen z. B. les lois de batimens, suivant la contume de Paris, par Desgodets, die man zur Grundlage nahm. Bei dem ususfructus hielt man sich an das berühmte mit vielen fremden Lehren geschmückte Werk von Galvanus, welches auch der neueste Bearbeiter des Code in dieser Lehre, namentlich in

7) Unter dem Namen institutions.

Digitized by Google

den Anhängen, nämlich Proudhon, als Muster beibehalten hat.

Der Bildungsgang des Rechts in Deutschland und in Frankreich war ein sehr verschiedener. Die Franzosen lernten im 16ten Jahrhunderte das römische Recht genau kennen, und fanden hier den Gegensatz vieler einzelner Gebräuche des geltenden Rechts: die letzteren wurden local gesammelt, gedruckt, glossirt und zugleich wurde die Concurrenz derselben nach der Personal- und Realeigenschaft des Rechts bestimmt, sofort ward dem römischen Rechte der Spielraum eines Weltrechts wenn auch deßhalb nicht in der Praxis, jedoch in den Schriften der Gelehrten gelaßen, weil der Norden Frankreichs in schriftstellerischer Hinsicht, besonders mit Rücksicht auf Paris mehr Bedeutung erhielt, als der todte Süden. In Deutschland wurden selbst die sächsischen Gelehrten, die eigentlichen Gegenfüßler des römischen Rechts, immer mehr römisch, und Deutschland weiß gar nicht, was es seinem Carpzow dankt. So ist das römische Recht das gemeine in Deutschland geworden, und das auch von Leipzig ausgegangene gemeine deutsche Privatrecht ist keine Wissenschaft, sondern ist nur ein dem römischen Rechte angehängter Nachtrag.

Allerdings ist also das französische Recht germanischer — wie das Deutsche: aber doch nur in einzelnen Materialien, denn die Wissenschaft d. i. der eigentlich civilistische Sinn ist eben so hier gegeben und gelegt, wie im römischen Rechte.

Dem freien Beurtheiler des französischen Rechtes ziemt es nur, die in der Regel nachtheiligen Veränderungen bei der Aufstellung des Code zu zeigen:

I. In Frankreich hatte man den deutschen Gegensatz des Faustpfandes und der Hypotheken. Für die letzteren wurden durch ein Edict conservateurs des hypotheques aufgestellt [8]) und dadurch das Pfandrecht auf unbewegliche Güter neu regulirt, Grenier war Mitglied des Tribunats und in seinem Geiste wurde die Arbeit des Code ein Hypothekenwesen großentheils unternommen. Vieles ist hier zu tadeln. Damit hängt zusammen

8) Grenier com. sur l'edit portant creation des conservateurs des hypotheques etc. Riom 1787.

Digitized by Google

die Lehre de privilegiis creditorum, die man in eine neue Art von Verbindung mit dem Pfandrechte brachte. *)

II. Im Familienrechte ist in der Ehe eine gänzliche Reform der Dinge eingetreten. Man hielt sich vor der Revolution wohl an das Concilium zu Trient; einige Fragen waren bestritten z. B. die Gewissensehe, die dissolution du mariage par l'impuissance et froideur de l'homme ou de la femme, gewisse Ehehindernisse: allein mit der Revolution und mit dem hier entstandenen Gegensatze zur Geistlichkeit trennte man sich ganz von den kirchlichen Satzungen und begründete gleichsam naturrechtlich ein neues gesetzliches Institut der Ehe, welches wir daher auch in Baden nicht anwenden können, vielmehr mit unsrer ganz auf andern Grundsätzen beruhenden Ehеordnung und anderen öffentlichen Gesetzen, die durchaus auf verschiedene Grundsätze gebaut sind, in eine nicht zu benützende Verbindung bringen, so daß denn bei uns mehr die Praxis als das Gesetz entscheidet. In Frankreich ist jetzt die Sache einfach; indem der Staat nach seinen Gesetzen und die Kirche nach den ihrigen verfährt und es jedem Einzelnen überlassen ist, beide Gesetze für sich in Anwendung zu bringen. In Rheinbaiern, Rheinhessen steht es wie in Frankreich; auf einer nachtheiligen Einwirkung des Staats beruht die Differenz in Rheinpreußen. Die Franzosen haben das Güterrecht der Eheleute von den persönlichen Verhältnissen nicht aus einem theoretischen Standpunkte des Systems, wie einst Hugo bei uns, getrennt, sondern weil Pothier einen eigenen Tractat über den Heirathsvertrag unter den Verträgen geschrieben hatte.

Die väterliche Gewalt und die Vormundschaft oder mit einem Worte das Recht der Minderjährigkeit ruhte in Frankreich ebenfalls auf dem altdeutschen Systeme, und man hatte verschiedene Abhandlungen, jedoch so daß im südlichen Frankreich das römische Recht der patria potestas dominirte wie z. B. in einem Buche von Astrue zu Toulouse, in Paris aber die traité des minorités, tutelles et curatelles (sieh ein Buch von Meslé) und die Gesetzgeber des

9) In Frankreich galt das Buch Nonius a Costa de privilegiis creditorum. Genevae 1670. auch 1739.

Code haben auch hier vielfachen Neuerungen sich hingegeben.

III. Im Erbrechte war man vor Allem über den Begriff substitution im Unklaren, man verstand blos die fideicommissarischen darunter, und hatte die allgemeine Neigung, dieselben zu verdrängen, zumal erst unter Ludwig XV. ein neues Fideicommißgesetz unter dem Namen der Substitutionen gemacht worden war [10]); und daher geschah es, daß man die eigentlichen und wahren Vulgarsubstitutionen, die so nothwendig im Systeme des freien Testamentsrechts sind, gering achtete. Da schon durch die Lehre von den Donationen und Testamenten die donations von Todeswegen mit den Testamenten in ungeschickter Lehre vermischt waren, so that man es jetzt auch mit den Schenkungen unter Lebenden jedoch so, daß diese unwiderruflich sind, und die Codicille widerruflich. Außerdem wendete man das Princip des altdeutschen Rechtes an, wonach die zur Erbschaft kraft Gesetzes berechtigten wie die römischen sui behandelt werden, und ohne Antretung die Erbschaft erwerben, so daß die Codicill-Erben nur Erbnehmer oder römische fideicommissarii sind. Dadurch geschah es aber denn, daß selbst der Pflichttheilsberechtigte durch diese Erbnehmer in den Hintergrund versetzt wurde, der jetzt sein Pflichttheilsrecht durch eine Art von Vorbehalt im Pflichttheilsform geltend machen konnte. Die Universalsuccession ist nach den einzelnen Richtungen verschieden aufgefaßt. Die Herrlichkeit des römischen Grundbegriffes ist verloren gegangen, und es gehört eine lange und andauernde Praxis dazu, um dieses neue System in eine passende und principfeste Ordnung zu bringen. Man hat auch die Collation, ferner das Accrescenzrecht ex voluntate testatoris (nicht aber das nothwendige) beibehalten und auch hier ist Nichts gehörig zu verstehen, wenn man nicht das römische Recht und den Einfluß, der aus demselben auf das französische Recht gekommen ist [11]), erwägt.

Offenbar kann man mit von Savigny sagen, zu der

10) L' esprit des ordonnances etc. par Sallé tom. II. (Paris 1774.)

11) Rosshirt in doctrina juris accrescendi explicantur errores, qui inter JCtos orti sunt. Heidelbergae 1841.

Digitized by Google

Zeit, wo der Code gemacht wurde, war das Wesen des bürgerlichen Rechts in Frankreich am wenigsten zur gehörigen Klarheit gekommen: allein dies kann nicht entscheiden über den Geist des in der Revolution nothwendig gewordenen Gesetzes, sondern diese Ansicht fodert nur den wissenschaftlichen Karakter der Gelehrten auf, nicht gerade mit den Ansichten der römischen Quellen als vielmehr mit einem gesunden civilistischen Geist die Grundlage des französischen Rechts zu entwickeln.

IV. Wie wenig die Franzosen an das System und die Ordnung des Ganzen dachten, was freilich auch in ein Gesetzbuch nicht gehört, beweist die Lehre von der Verjährung. Diese ist wieder mehr römisch als deutsch, und in der That so ausgedehnt und entwickelt, daß die Grundsätze des römischen Rechts noch bei weitem mehr die Rechtfertigung der Einfachheit haben. Man sieht hier, daß die Franzosen wieder am meisten ihrem neuen verwirrenden Genius gefolgt sind.

Dies sind beiläufig die allgemeinen Grundlagen, auf welchen man das neue Gebäude aufrichten wollte. In den Zeiten des Rufes nach einer neuen Gesetzgebung, der damals in Frankreich dringend war, mußte man sich kurze Zeit nehmen. Der Code ist dasjenige, was die neue Zeit in Frankreich ankündigt und aufrecht erhält: Alles andere ist politisch vorübergehende Ansicht, die Würdigung des Code aber ist von der größten Bedeutung, weil ein Fortgang der Zeit in ihm liegt. Möge sie mit unpartheiischen, freien, wissenschaftlichen Blicken geschehen. Möge man namentlich auch erwägen, wie man in Baden den Code verarbeitet hat, und was auch in neuester Zeit wieder von einzelnen dorthin einverleibten Instituten durch politische Action abgefallen ist.

Das Recht ist nicht lebendig, wie es die Wissenschaft stille aus dem Corpus juris herausfördert, sondern wie es der Geist der Zeit gibt, und sonderbar genug denkt man darin in Oesterreich wie in Frankreich! —

In Frankreich war die Methode von Pothier die herrschende geworden: schon dieser Mann hatte nach der Einheit des französischen Rechts gestrebt, und diese Einheit war der Nationalzweck der Revolutionszeit. Nicht aus Po-

Digitized by Google

thier sind die einzelnen Rechtssätze genommen, nicht Alles ist römisch, sondern naturgemäß nur das Obligationenrecht: aber eine Art von Verbindung des Römischen und Germanischen war vorgegangen gerade in der Art, wie Pothier sie gegeben hatte: in seinem Sinne wurde fortgefahren und nur im Einzelnen wird sich zeigen, welcher Hauptrichtungspunkt in den einzelnen Lehren genommen werden muß. Mit Recht hat man Pothier's Werke herausgegeben, doch keineswegs als Grundlage des Code weder dem Inhalte noch dem Sinne und der Form nach. So ist denn auch allein Pothier aufzufassen, so die Grundlage des französischen Rechts vor dem Code zu nehmen.

Zuletzt ist wohl noch ein Blick auf diejenigen zu werfen, welche den Code zusammen stellten: theils mit vorwiegenden Ansichten des römischen Rechts, wie vor ihnen schon Cambacérés (Herzog von Parma), der auch in den discussions selbst immer darauf zurückkam — theils mit logischem Tact, wie Portalis, theils in der Praxis und in den üblichen Gewohnheitsrechten erfahren wie Tronchet, hat man gearbeitet, und so geschah in der Individualität dieser Männer die Zusammenstellung, die nur hie und da in den Verhandlungen angegriffen ist, und läugnen läßt sich nicht, daß besonders durch Tronchet Manches Herkömmliche und Germanische wieder gegeben oder gefördert worden ist.

Bei einem Werke, wie der Code, kann man weder auf den Buchstaben und den Geist des Ganzen, noch allein auch auf eine genaue geschichtliche Entwickelung hinweisen, denn die letztre war unterbrochen, und bei der ersteren waren Leute da, die nicht durch die Revolution sondern früher gebildet waren. Also der vorwaltende Geist der jetzigen Zeit in Frankreich ist nicht der rechte, der auf eine wahrhaft wissenschaftliche Erklärung des Code Rücksicht nehmen wird.

ad II. Zur Geschichte des Code. — Der Rückblick auf die alte Ordnung des Rechts in Frankreich hilft wenig, obgleich zu wünschen wäre, daß irgend eine gute Rechtsgeschichte in Frankreich geschrieben würde, wenn dies auch nur für die Geschichte der Land- und Stadtcoutumes wichtig wäre, weil die alte Geschichte das ist der ersten Periode

Digitized by Google

mit der deutschen gemeinschaftlich steht, und nur die Zeit nach den Carolingern und die Entwickelung der Stadtrechte, sowie des Lehens und der grundherrlichen Richtungen für Frankreich unbearbeitet ist. Doch ist hier vielmehr Stoff als in Deutschland. Auch sollte die Verfassung der Parlamente [12]), und die dadurch beschränkte wissenschaftliche Richtung und Bearbeitung in Frankreich dargethan werden. Doch dies Alles hat auf die Erklärung des Code keinen großen Einfluß. Wenn man immerhin auf den bekannten Unterschied zurückkam, daß die Länder in Frankreich theils römisches, theils deutsches Recht hatten, so ist dieses nur insoferne wahr, daß die einen das römische Recht als fundata intentio ansahen, die andern es nur als wissenschaftlich subsidiär behandelten: die Wissenschaft unter den Franzosen selbst aber hatte sich bei der Vereinigung des Rechts zu einem Rechte sowohl in der Form als in dem Inhalte mehr im Ganzen dem römischen Rechte genähert.

A. Ueber die veränderte öffentliche Ordnung.

Den Anstoß zu der neuen Gesetzgebung gab die Verfassungs- und Verwaltungs-Einheit in Frankreich. Das Land wurde in Departements und danach in Obergerichtsbezirke eingetheilt. Zur Erhaltung der Einheit in den Rechtssätzen wurde das Cassationsgericht bestellt, welches aber sonderbar nur auf das jus in thesi des Gesetzbuchs, also nur auf die leitenden Grundsätze des Rechts beschränkt ist. Auch die Unterbehörden, das öffentliche Ministerium, die Diener der Gerichte, und namentlich das Friedensgericht wurde in eine vollkommene Einheit im Reiche gesetzt — Prozeß, Strafrecht, Handelsrecht und alle Verwaltungsgesetze sollten Eines sein und darauf gründet sich der Code civil, woran sich gleichsam Alles als in einem Centralpunkte anschließt.

Natürlich wurde eine Reihe einzelner Vorgesetze gegeben, die zum Theile noch heutzutage Anwendung haben, ja das ganze Recht der Verfassung und der Administration

12) Von ihnen aus datiren sich die arrêts (Zachariä I. S. 108.) und es ist eine ganz andre Richtung, welche die arrêts jetzt haben, die das lange nicht sind, was die Parlamentsarrêts waren, sondern jetzt nur einen dogmatischen Standpunkt bilden.

Digitized by Google

fällt herein, und das sogenannte Zwischenrecht von 1789 bis 1804 ist ein zum Code adminiculirendes System. Herr v. Daniels hat für die preußisch rheinischen-Provinzen Vieles gesammelt, und es genügt uns hier in der That auf die fleißige Sammlung des gedachten Gelehrten zu verweisen.

Freilich muß auch hier das Studium des Rechts nach den verschiedenen Staaten betrachtet werden, namentlich a) in Frankreich, wo seit 1814 und 1830 eine neue Verfassung begründet ist, b) in Belgien, wo die neuen Ausgaben des Code selbst auf die neue Verfassung schon aufmerksam machen, c) in Rheinpreußen, wo seit 1813 Alles Französische weggefallen ist, und auch dasjenige nicht gilt, was ursprünglich für das eigentliche Frankreich und seine Constitution verfügt worden ist, wie man aus Daniels sieht. d) Für Rheinbaiern, Rheinhessen, wo von den allgemeinen Rechtsinstituten mehr noch wie in Preußen die Gesetze vor 1813 bestehen, e) in Baden, wo man den Code rein auf die alte und neuere badische Verfassung, angewendet auch ihn selbst verändert hat.

Unser Zweck ist nicht, darauf Rücksicht zu nehmen, sondern nur im Allgemeinen den juristischen Standpunkt anzuzeigen. Das Einzelne würde ganz von unsrer Tendenz abführen und den Practiker sogar, in einer solchen Zusammenstellung, unnütz seyn.

B. Die Geschichte des Code selbst.

In der republicanischen Zeit waren verschiedene Versammlungen als gesetzgebend aufgestellt, zuletzt waren es das corps legislatif und das Tribunat. Der Regierung zur Seite war der Staatsrath. Napoleons Herrschaft that das Meiste. Eine Commission machte die Entwürfe. (Tronchet, Portalis, Bigot — Préamenen und Maleville.) Nach der Erklärung der Gerichte über das Project von Tronchet wurde der gesetzgebende Theil (Section) des Staatsraths vernommen, sodann nach Purificirung des Entwurfes der ganze Staatsrath gehört, wobei auch Napoleon seine Bemerkungen machte. Nun redigirte von Neuem die Section im gesetzgebenden Körper den Entwurf, und jetzt sollten das Tribunat und der gesetzgebende Körper selbst gehört

Digitized by Google

werden. Allein das Tribunat war zuviel der Neuerung zugekehrt, daher eine Beseitigung Einzelner nöthig war, und zuerst eine Tribunats-Commission ernannt wurde, die viele gute Vorschläge machte, welche wieder der Staatsrath prüfte, woraus denn das neueste Project entstand, welches dem gesetzgebenden Körper nur im Allgemeinen zur Sanction vorgelegt und von diesem angenommen wurde.

Die Franzosen haben eine Zusammenstellung der motifs, rapports et opinions des orateurs, qui ont cooperé à la redaction — ferner die discussions de ce code au conseil d'état et au tribunat zusammendrucken lassen, ferner damit verbunden einzelne lois transitoires und das Gesetz über die Juristenschulen, wobei überall zu bemerken ist, daß, obgleich man den Code aus 36 Decreten bestehen ließ, man doch ihn in ein Ganzes vereinigte, und benannte, sowie auch Portalis in der Discussion zu dem Titel des donations ausdrücklich bemerkte, der Code sei ein Gesetzbuch ganz im modernen Sinne des Wortes, welches zugleich die Wissenschaft und Begriffe enthalte, und gleichsam eine wissenschaftliche Anweisung des Volkes und der Richter selbst sei. Dagegen würde man in Hinsicht auf den Sinn aller unsrer Gesetzbücher viel sagen können, genug, daß wir den Geist des Code vor uns haben. Immerhin liegt nämlich Vielerlei wohldurchdachtes — allgemein Vernünftiges in diesen Reden und Discussions: allein um aus ihnen den Geist des Ganzen selbst zu beurtheilen, um auch nur einige Blicke in die Geschichte des französischen Rechts zu bekommen, ist aller Fleiß vergeblich, und die Zusammenstellung hat nur den Werth, den Totalblick jener Zeit zu finden, und ein Mittel zu seyn, einzelne Stellen grammatisch besser zu verstehen. Aber alle, die von der Sache sprechen, hatten weder den Zweck, noch die Vorbereitung, noch die Idee, für mehr zu sorgen, als für eine baldige Auf- und Annahme des Ganzen.

Zuletzt ist noch darüber zu sprechen, was die Franzosen selbst aus ihrem Code gemacht haben. Wir Deutsche sprechen immer von der Literatur: allein es gibt der Kräfte noch mehr, welche ein einer Nation passendes Gesetzbuch erheben. Die Franzosen hatten aus der Einrichtung ihrer

Digitized by Google

Parlamente die sogenannten arrêts, d. h. der König bewegte sich nach seinen Provinzen — nach einer Art sogenannter Stände in dem Gesetzgebungsrechte über die Nation; die königlichen ordonnances wurden von den Parlamenten registrirt, in einzelnen weder von der Gewohnheit noch durch Ordonnancen gegebenen Fällen wurden besonders Gemeinbescheide oder arrêts erlassen. Es sind gewissermaßen Reskripte der Könige oder der Parlamente, zur alten römischen Ordnung ganz passend in einer Zeit der sich entwickelnden Jurisprudenz, in einer Zeit, wo nicht die Wissenschaft selbst wie bei dem Code an die Spitze der Gesetzgebung sich gestellt hat. Diese historische Erinnerung haben die Franzosen beibehalten, und ihre Appellhöfe und ihr Cassationshof haben noch immer arrêts. Offenbar ist aber hier so zu unterscheiden:

I. Der Cassationshof, welcher die Bestimmung hat, das jus in thesi zu erhalten, wird allerdings auf seine arrêts Rücksicht nehmen, weil er nur so seinem Zwecke gemäß verfährt.

II. Die Appellhöfe aber erhalten dadurch nur eine gewisse innere auctoritas und haben nicht mehr, als oft eine vis rerum similiter judicatarum.

Auf die Einrichtung des Gesetzbuchs selbst passen die arrêts nicht, wenn sie mehr sein sollten, als deutsche Rechtsentscheidungen, denn sie sind nur eine Probe der Perfection des Richters, keine Quelle neuen Rechts. Selbst die arrêts des Cassationshofs müßten eine gesetzlich andre Stellung haben, als sie jetzt haben, wobei freilich nirgends feststeht, daß aus einem solchen arrêt ein jus sondern nur, daß daraus eine Interpretationsregel folge.

Unglaublich aber ist es, wie man die arrêts gesammelt hat, obgleich sie nur eine Nachweisung der Casuistik sind, und keineswegs eine besondere Bedeutung haben. Soviel aber wirken sie immerhin, daß auf die junge Gesetzgebung in Frankreich die Doctrin nicht wirken kann, die immer dann geringer angesehen wird, wenn man der Grundlage der Gesetzgebung, wie in Frankreich näher zu sein scheint. Auch ist der That nach in rein dogmatischer Hinsicht w e n i g in Frankreich geschehen, und Niemanden noch ist es beigefallen, auch nur

Digitized by Google

das Obligationenrecht aus guter römischer Quelle dazustellen. Niemand hat es gewagt, die germanischen Grundsätze in das Eigenthum überzutragen und zu zeigen, wie jetzt das Eigenthum selbst im Systeme des neueren Rechts steht. Das System selbst ist nicht untersucht, die Vorstellungen der Gesetzgeber, deren sie sich in ihrer Bestrebung zur Einheit bewußt waren, oder nicht, sind nicht erforscht, und Zachariä hat ganz Recht, wenn er behauptet, die französische Rechtsliteratur sei übermäßig und oft arm.

Noch ist es keine Zeit, über die Arbeiten am Code, ihre Tugenden und Fehler wegzugeben, einmal, weil man von Seiten der Nichtkenner Vorurtheile für die Sache hat, das andermal, weil man in Frankreich und Deutschland die raison des Einzelnen höher schätzt, wie die geschichtliche Vernunft des Ganzen.

In Deutschland ist der Code in der That ein germanisches Gesetzbuch geworden. In Baden ist das Oberhofgericht keineswegs ein Cassationshof der Franzosen, sondern ein deutschrechtlich-processualisches Institut: nicht um das jus in thesi sondern um das Recht in concreto führen hier die Partheien Proceß. Die Rechtssprüche binden hier so wenig, wie mit Recht in Oesterreich oder Preußen, und es paßt vollkommen zu einem wissenschaftlichen oder dogmatischen Rechte, daß das Urtheil nur eine Gewalt habe unter den Partheien, keine über Dritte. Immer wird der Urtheilende eine Objectivität des Rechts auch in früheren Sprüchen suchen: aber die Bescheide sind keine Quellen des Rechts. Allerdings wird man in Baden das französische Recht nicht nach dem gemeinen deutschen Rechte nicht nach den jetzigen justinianischen Pandecten oder gar nach Gajus interpretiren, sondern auf gutem französischen Grunde, und insoferne mag des Deutschen Wissenschaft rühmlicher sein, wie die französische selbst: allein was in Frankreich seit dem Code überhaupt geschah kann uns in Baden nicht als Rechtsquelle, sondern im besten Falle wissenschaftlich kümmern. Sehr vergeblich ist es, einzelne arrêts zu sammeln, noch vergeblicher, eigene Sprüche bekannt zu machen, die weit hinter dem practischen Geiste der Franzosen zurückstehen: aber nützlich wäre es, den Geist des französischen Rechts in seinem

Digitized by Google

Zusammenhange zu untersuchen, die leitenden Principien herauszustellen, und eine gute Dogmatik des Rechts zu bilden. Nur in dieser Richtung hat der Code eine allgemeine Bedeutung, und die Zeit wird zeigen, daß er im Fortschritte der Wissenschaft besonders in Deutschland einem besseren Gesetzbuche wird weichen können. —

Unfehlbar ist man in Frankreich nie zur rechten practischen Einsicht des römischen Rechts gekommen: die Franzosen haben ihren Cujacius nur angestaunt, nicht benützt, und andre Schriftsteller der gefeierten französ. Schule ganz weggeworfen; nur ein Paar bessere practische Köpfe haben Einzelnes vom römischen Rechte herübergenommen: die Schule selbst war in den positiven Gesetzversuchen der Könige und in den negativen der Philosophie gänzlich untergegangen, und soviel practischer Verstand in dem Code herrscht, weil eine große Nation ihren auch in der Revolution hervorragenden Talenten folgte, so wenig gediegener classischer Geist ist zu finden, und es ist am französischen Rechte in der Eleganz Vieles zu tadeln, in der Praxis Manches zu loben. Eine in Einheit gebrachte Schule ist in Frankreich noch nicht zu finden, einen festen Weg zur Verbesserung hat die Praxis auch der Cassationshof noch nicht gefunden, und Frankreich mag sich nur des Einen freuen, sich in der weiteren Entwickelung des Rechts vereinigt zu haben, wobei es aber immer an dem besseren Unterrichte und an einer solideren Kenntniß des römischen Rechts wenn auch nur als tertium comparationis immerhin aber auch als Vorbild classischer Bildung fehlt. Solange in Frankreich nicht die Grundbildung besser wird, wird auch die Fortbildung des Code nicht gedeihen. Im Uebrigen genügt der Unterricht allein nicht, denn wenn der practische Theil der Staatsdiener den Höhepunct seiner Bestrebungen nicht einsieht, wird dem jungen practischen Arbeiter bald die triviale Tagsarbeit statt der belohnenden Wissenschaft der einzige Zweck seines Lebens sein.

Digitized by Google

Dritte Abhandlung.

Von den Gesetzen und von den Rechtsquellen nach dem Code in allgemeiner Einleitung.

Gesetz. Gewohnheit.

Wie die Sitte des Lebens die Grundlage des Rechts wurde, wer will es untersuchen? Diejenigen, welche Alles von der Sitte als dem Volksrechte ausgehen lassen, vermischen zwei Dinge, einmal daß ohne Staat kein Volk ist, und im Staate das Recht von diesem und nicht vom Volke ausgeht, während wohl außerdem auch ohne Rücksicht auf den Staat das Volk etwas im Staate ist, nämlich für religiöse, sittliche, wissenschaftliche, gewerbliche, politische Freiheit, Lehre und Ordnung in welcher Beziehung eben ihm keine unmittelbare Quelle des Rechts geöffnet ist, das andremal, daß wenn das Volk für sich d. h. nach Ständen oder Orten vereinigt eine Rechtssitte bildet, dieses nur als Vertrag da Bedeutung hat, wo dem jus publicum des Staats nicht entgegengewirkt wird.

Können wir daher die Savigny'sche, Puchta'sche Lehre vom Gewohnheitsrechte keineswegs für richtig halten, so tritt dies am augenscheinlichsten in den neueren Gesetzgebungen hervor; der Code denkt im allgemeinen gar nicht an das Gewohnheitsrecht, sondern läßt das Gewohnheitsrecht nur als Particularrecht bei den Servituten und bei dem Miethvertrag zu[1]): dann werden in Handlungssachen und Handlungsgerichten die Gewohnheiten respectirt, und folglich überall, wo das Standeswesen und die Ortsrichtung eine solche subsidiäre Quelle ausdrücklich verlangt, und es

1) Code civ. art. 645. 650. 663. 671. 674. 1736—51. 58. 77.

folgt dieses schon daraus, daß die Richter wenn im Gesetze Nichts steht, doch angewiesen sind Recht zu geben, was sie doch nur in der Gewohnheit als der natürlichsten Quelle der rechtlichen Billigkeit und im äußersten Falle durch Analogie der Gesetze und der Gewohnheit vermögen.

Ist im Staate eine eigene gesetzgebende Gewalt angenommen, welche eine Staatsgewalt ist, so versteht sich von selbst, daß die Gewohnheit nur eine subsidiäre unter Umständen wohl auch so gut wie die Wissenschaft eine correctorische Gewalt hat; und so hat dieses auch der Code gemeint, daß sich Gewohnheiten in den angegebenen particularen Beziehungen fortbilden mögen, wo es geht: namentlich, daß auch die allgemeinen Interpretationsgewohnheiten der Richter und Rechtsgelehrten gelten sollen: aber an einen Unterschiede der in abstracto allgemeinen Gewohnheiten von den eigentlichen hat der Code nie gedacht, und v. Savigny schiebt ihm etwas unter, was wohl seiner Theorie keineswegs aber den Vorstellungen Andrer und namentlich der Franzosen gemäß ist. Mit Recht haben die Franzosen die Gewohnheiten und Rechte einzelner Bezirke aufgehoben, um die Einheit des Rechts herzustellen, aber diese alten coutumes sind nicht Gewohnheiten im modernen Sinne als Rechtsbücher: ferner haben die Franzosen statt deren in ihrem Code gleichsam ein allgemeines Gewohnheitsrecht aufgestellt [2]), aber dabei ist eine gesetzgebende Gewalt geschaffen, die früher nicht da war, und von ihr und von der Verwaltung zunächst in den Gerichtshöfen geht jetzt die Fortbildung des Rechts aus. Wenn darneben der Richter noch etwas aus den particulären Gewohnheiten heraus nehmen will, so ist dies keineswegs ihm untersagt, zumal ja soviele Principien über die Ordnung des gesammten Rechts und durch die Administration des Cassationshofs feststehen, daß eine in dieser Weise völlig gesicherte Einheit der rechtlichen Ordnung in Frankreich nicht gefährdet werden kann.

Anwendung des Rechts.

Die Ordnung der Anwendung der Gesetze in Frankreich führt auf eigne Resultate:

2) Denn es ist ja auch nur aus Gewohnheiten gemacht.

Digitized by Google

1) die Bescheide der Friedensgerichte und der Gerichte erster Instanz wiegen wenig, weil sie in der Regel nicht eigentlich definitive sind [3]), dagegen sind die definitiven Bescheide der Appellationsgerichte arrêts und machen nicht nur jus inter partes sondern sind auch natürliche Quellen der Interpretation des Rechts [4]). Man sammelt sie daher mit Grund, weil in gleichen und ähnlichen Fällen ein günstiger Schluß auf einen neuen Bescheid zu machen ist, da das Gericht sich treu bleiben wird. Aber das Gericht kann auch wieder abgehen und dies bedeutet der Art. 5. des Code. Arrêts sind daher wie römische Rescripte zu nehmen, freilich nicht in der Art, daß dem römischen Kaiser gegenüber die Gerichte gebunden wären, sondern es sind Gesetze, die das Gericht keineswegs sich selbst gibt, welche außerdem aber anderen Betheiligten von Werth sind: weil sie die ausgesprochene Meinung des Gerichts vor sich haben.

2) Auch der Cassationshof kann nicht mehr thun, aber in solchen Puncten, wo eben die Frage entsteht, ob gegen jus in thesi erkannt worden, hat ein arrêt des Cassationshofs die höchste Bedeutung.

Bescheide sind daher keine Gesetze, aber sie dienen, ein Gesetz zu erklären, und der Richter ist daher vor Allem darauf hingewiesen.

Da, wo in Deutschland französisches Recht gilt, werden auch Cassationsurtheile im besten Falle für entfernte Analogien geachtet, und zwar nicht in der Richtung auf das Recht selbst, sondern nur auf die Auslegung und Erklärung des Rechts.

Die arrêts der Franzosen sind Ansichten öffentlicher Rechtsgelehrten, in der Art, daß die arrêts der Appellationshöfe wohl zunächst für ihren Bezirk, aber für andre Bezirke nur als Ansichten nicht öffentlicher Rechtsgelehrten gelten, dagegen ein arrêt des Cassationshofs durch ganz Frankreich die Ansicht öffentlicher Rechtsgelehrten ist. Darneben bestehen überall auch die Ansichten der Privatrechtsgelehrten, die freilich nur eine subjective Auctorität geben, während

3) Doch können sie ausnahmsweise de jure und de facto definitiv sein.
4) l. 38. D. 1, 3.

Digitized by Google

die arrêts mehr die Hoffnung des objectiven Rechts bewirken.

In Deutschland sind alle Richtersprüche nur Auctoritäten der Gelehrten, und da hier nicht jene souveräne Richtung, auch nicht einmal die Bedeutung eines römischen Decrets oder Rescripts aus dem kaiserlichen consistorio oder auditorio herrscht, so können, besonders bei dem politischen Stande der deutschen Länder, die Richtersprüche nicht mehr gelten, als jus inter partes zu machen. Doch fängt man auch in Deutschland an die Sentenzen der Appellationsgerichte und des Oberappellationsgerichts zu sammeln, wie z. B. in einigen Arbeiten in Baiern; allein da ein Erkenntniß eines Appellationshofs nichts definitives enthält, und das Oberappellationsgericht in verschiedenen Senaten spricht, die unabhängig von einander sind, so bleibt Nichts übrig, als eine äußere gleichgültige Auctorität darin zu haben.

Wenn nun die Franzosen ihre arrêts mehr achten als die Meinung der Privatgelehrten, so folgt doch soviel:

1) die Gerichte haben kein jus edicendi,

2) obgleich öffentliche Rechtsgelehrte haben die Richter nicht etwas Aehnliches, wie bei den Römern das jus respondendi [5]),

aber die Gerichtssprüche bilden die nächste Quelle der Auslegung des Rechts, besonders durch die wohlthätige Richtung des Proceßwesens, sowohl in den Appellationshöfen als in dem Cassationshof, und es ist daher mit Recht anzuerkennen, daß man in der Auslegung des Rechts großen Werth auf die arrêts nimmt, obgleich sie niemals in das unwissenschaftliche Feld der Casuistik führen dürfen. —

Was ist ein Gesetz?

Das Gesetz ist hiernach die einzige Quelle des Rechts in Frankreich.

Die Anwendung und Auslegung des Gesetzes geschieht in Frankreich durch die öffentlichen Behörden d. i. die jurisprudence, und durch die Werke der Privatgelehrten.

Die Gewohnheit gilt nur als particulare in der Regel suppletorisch: über das correctorische kömmt Nichts bestimmtes vor, und in der Regel hilft hier

5) Gajus I. §. 7.

Digitized by Google

a) die authentische Interpretation kraft Gesetzes oder ein neues Gesetz,

b) die jurisprudence.

Das Gesetz wird durch eine eigne gesetzgebende Gewalt gegeben, ja jetzt auch die authentische Interpretation. Die neueren Staatsveränderungen in Frankreich haben das für sich, daß die Einheit der Gesetzgebung und Verwaltung immer mehr gefördert wurde.

Der König kann zwar noch ordonnances machen, aber seitdem durch die Verfassungsurkunde des Jahres 1830 dem Könige das Recht genommen ist, für die Sicherheit des Staats Gesetze zu machen, kann er nur Bestimmungen über die der Verwaltung überlassene Vollziehung der Gesetze machen, und die Gerichte haben die Competenz, darüber zu erkennen, ob die Ordonnances ihren Zweck nicht überschritten hat [6]). Also ist eine ordonnance kein Gesetz.

In der napoleonischen Zeit war ein solches Verhältniß einer Einheit des Rechts nicht da, und es regten und spannten sich die Gewalten, wie ehemals in der ersten Zeit der römischen Imperatoren. Es gab kaiserliche Decrete, welche wohl ein Gesetz zur Grundlage nahmen, dieses aber weiter ausdehnten, und über die lediglich der Senat abzuurtheilen das Recht hatte, und die auch jetzt nur durch ein Gesetz aufgehoben werden können, ferner es gab Beschlüsse des Senats, welcher die Verwaltung ordnete, so, das die Beschlüsse nicht selten in das Privatrecht eingriffen, Gutachten des Staatsraths, die, wenn der Kaiser sie genehmigte, das Recht interpretirten: aber da der Senat abgekommen ist, und die authentische Interpretation jetzt von der gesetzgebenden Gewalt selbst vorgenommen wird, so fallen alle diese Richtungen für die Zukunft weg, haben aber ihre Bedeutung für die Vergangenheit.

Endlich gab es auch und gibt es noch Rundschreiben der Minister, die aber nur für die Verwaltungsbeamten und nicht für die Gerichte verpflichtend sind.

Im Ueberblicke des gesetzlichen Zustandes der Franzosen ist daher Folgendes zu bemerken:

I. Außer dem Code und den eingreifenden andern Ge-

6) de l'autorité des ordonnances sur les tribunaux par Yaard 1830.

Digitized by Google

setzbüchern (de procedure civile, de commerce, d'instruction criminelle et pénal — abgesehen von den einzelnen Verwaltungscodices) [7]) gibt es eine Reihe von Gesetzen, Decreten, Senatus-Consulten, Staatsrathsgutachten z. B. die Notariatsordnung, welche zur Erklärung des Privatrechts in Frankreich dienen, und welche in Deutschland bis zum Jahre 1813 von Daniels in VI. Bänden gesammelt sind. Das Uebrige findet man in den bulletins des lois. [8])

II. Nunmehr gibt es nur Gesetze, Ordonnanzen und Rundschreiben mit der angegebenen Richtung und Wirkung.

Die Sammlungen der arrêts besonders des Cassationshofes von Sirey sind wichtig, und es handelt sich daher jetzt davon, was eine Richtigkeit bei der Verwaltung der franz. Rechtspflege ist: ein Standpunkt, welcher z. B. die Anwendung des badischen Landrechts ganz anders und rein wissenschaftlich macht, während die Entwickelung des französischen Rechtes noch auf diesem indirecten Wege des Cassationshofes vor sich geht.

Richtigkeit in der Anwendung des Gesetzes.

Als Frankreich eine Reihe von Parlamenten hatte, darnach sein Gewohnheitsrecht angewendet wurde, und jene souveräne Höfe gemeine Bescheide arrêts de reglement erließen [9]), da war eine fortbildende Quelle des Rechts eröffnet. Mit den Parlamenten und mit der Vereinzelung oder Provincialisirung des Rechts wollte man auch diese Fortbildung ersticken, und dahin tendirt der Art. 5. des Gesetzbuches.

Man kam nun in dem errichteten allgemeinen Cassationshof zu einer neuen Ordnung der Fortbildung, ähnlich jener der gemeinen Bescheide und noch ähnlicher der der prätorischen Decrete und Edicte. Der Cassationshof sollte allein über den Sinn, Buchstaben und Grund des Code steh-

7) S. Zachariä §. 6. code rural, de la peche, de la chasse. forestier etc., das letzte hat man oft das sechste Gesetzbuch genannt.

8) S. über die französischen Sammlungen Zachariä §. 5. in der Note.

9) Merlin arrêt.

en, und überall, wo wegen Mangels der Erkennung des jus in thesi Beschwerde von den Tribunalen oder Appellationshöfen erhoben werde, die falsche Ansicht über die Sätze des Code cassiren. Freilich hätte man darneben dem Cassationshofe das Recht geben sollen, das bessere Recht gleich auszusprechen: allein man wollte die von den alten Parlamenten auf die Appellationshöfe übertragene Souveränetät aus historischen und allgemeinen Gründen nicht stören, und verwies dann die Sache an ein anderes Gericht. Wurde hier wieder nicht im Sinne des Cassationshofes erkannt, und derselbe annullirte zum zweitenmale, so hatte er das Recht, eine authentische Interpretation zu verlangen [10]; es kam aber dann zum dritten Urtheile, bei dem es für den angegebenen Fall bleiben sollte, wenn es auch gegen den Cassationshof ausfiel. [11] Doch im Gesetz v. 1 April 1837 wurde festgesetzt, daß wenn bei der zweiten Cassation der versammelte ganze Cassationshof einig sey, nunmehr das Tribunal oder der Appellationshof zum drittenmale lediglich darnach erkennen müße. [12] Um die Bedeutung des Cassationshofes nicht aufzuheben, hat man ihm nicht direct das Recht einer ohne weitere Mittelsperson stattfindenden Entscheidung gegeben. [13]

Im Uebrigen ist Alles auf den unsicheren Begriff der Nichtigkeit hingeführt. Ein Princip darüber läßt sich, wie die jetzt folgende Ausführung zeigen wird, gar nicht geben; Alles fällt unter den Standpunkt der Anwendung des Rechts, soweit es sich nicht vom Beweise handelt, gerade so wie bei dem römischen Prätor, und es ist daher das französische System das perfecteste für die Fortbildung des Rechts, und alle Darstellungen der Neueren z. B. von Schrader und Savigny über die Wiederaufnahme des prätorischen Systems sind verfehlt, wenn man nicht in diesen ver-

10) loi v. 16. Septbr. 1807.

11) loi v. 28. July 1828.

12) Wahrer Standpunkt der Einheit des Rechts.

13) Aber auch diese Formalität muß und wird wegfallen: jedoch ist es gut, daß der Cassationshof in solchen Punkten in voller Sitzung erkenne. In Baiern hat man dies auch, aber nur in einzelnen vom Oberappellationsgerichte herausgewählten Punkten.

Digitized by Google

künftigen Gedanken des französischen Rechts zurückkehrt. In Deutschland ist freilich der Wissenschaft die Fortbildung überlassen, und dieser Gedanke hat der Savigny'schen Darstellung geholfen, eine eigene Rechtsquelle in dem Rechte der Wissenschaft anzunehmen, wovon aber die Römer weder vor den Kaisern noch unter den Kaisern etwas wußten. Die Wissenschaft ist nur Auslegerin des Rechts,[14]) und zwar entweder

a) doctrinell nach den Grundsätzen der Sprache, der Logik, der Historie und des Systems

b) analoge indem sie das Recht auf logischem Grunde erweitert,

so, daß man nur aus dem zweiten Standpunkte sie zu den eigenen Rechtsquellen, aber durchaus nicht als eigene materielle Kraft stellen kann, da ja auch Savigny die Analogie zur Auslegung nimmt, obgleich ihre Wirkungen wie die Alten sagten, extensiv sind d. h. sogar über den unmittelbaren Grund des Gesetzes hinausgehen. Die Analogie ist nämlich die im Gegensatze der Billigkeit angenommene logische Fortentwickelung und gebürt jedem Richter, der nicht an den unstäten Gedanken des Naturrechts gewöhnt ist, sie ist aber verschieden von der Erfindung des Rechts, von dem aequum et bonum, welches der Prätor vor sich hatte, und welches jetzt in der allgemeinen Richtung aller Rechtspflege dem Cassationshofe in souveräner Richtung zugeschrieben wird.

Die Subsumtion des facti unter das Recht aber geht von der richtigen Anwendung des maior aus, also von der Kenntniß des Rechts selbst und gehört zur Auslegung: der Cassationshof unterscheidet nicht Auslegung, Subsumtion, Analogie und Billigkeit, sondern er verfährt im Vollgefühle aller dieser Kräfte über Alles, was in der Anwendung des Rechtes fehlt.

Der Cassationshof bildet das Recht neben dem Gesetz.

Gleichwohl haben die Franzosen bis jetzt nicht theoretisch genug diesen Standpunkt hervorgehoben: selbst der Cassationshof ist mit der gesammten Theorie darüber in großem

14) Oft muß sie freilich in Deutschland mehr seyn: allein wie entstehen denn die sententiae communes omnium Doctorum? Gajus I. §. 7.

Digitized by Google

Zweifel, was eine Nichtigkeit des Rechtes sey. Am wenigsten kann man dasjenige hier in Betracht nehmen, was nach einer gesetzlichen Bestimmung oder nach Billigkeit für nichtig gilt [15]), sondern es handelt sich davon, ob der Richter entweder das Gesetz nicht gehörig angewendet, oder das factum nicht gehörig unter das Gesetz subsumirt, oder die besondern begünstigenden Gesetze und Rechte nicht gebraucht hat. Dabei muß denn auch geprüft werden, ob der Mangel entweder gegen das öffentliche Interesse ist, oder blos das Recht der Parthei betrifft, wo natürlich, wenn die eine Parthei auch gefehlt hat, die Handlung ihr nicht nachtheilig wird, soferne sie auf eine andere Art sich geholfen hat z. B. ein Scheinkauf, der eine Schenkung ist, gilt, wenn der Verkäufer die Summe geschenkt hat, was immer anzunehmen ist [16]).

Aus diesem Allen folgt, daß der Cassationshof die Grundlage des Urtheils und das Urtheil selbst im Interesse der öffentlichen Ordnung und der Partheien vergleichend mit dem gesetzlichen Zustande des Landes in Betracht zu nehmen hat, und daß einem solchen Gerichtshofe Regeln nicht zu geben sind, wo am Ende Alles von der richtigen und gesunden Anwendung des Rechtes selbst abhängt.

Zwei Sätze sind ewig wahr: es gibt eine Objectivität des Rechts durch Wissenschaft und Kunst, und dieselbe ist äußerlich zu rechtfertigen; aber dem nicht vollendeten Juristen erscheint das Recht dem Gesetze gegenüber als eine concrete Erscheinung und Viele haben den in jeder Beziehung richtigen Ausdruck gebraucht: das Recht habe in der Stimmung des Volksgefühls eine wächserne Nase d. h. die Kunst macht oft eine bösliche, oft eine ungeschickte, oft eine wahre aber von der Welt nicht verstandene Anwendung. [17])

15) Darüber verbreiten sich Toullier VII. 479. Duranton XII. 512.

16) Es kömmt auch darauf an, ob die Partheien selbst oder ein dritter den Anspruch begründet.

17) Ueber die Anwendung und Auslegung der Gesetze selbst an einem andern Orte.

Digitized by Google

Einleitung in das Vermögensrecht des Code.

§. 1.

Grundansicht.

Die Vorstellungen der Gesetzgeber waren beiläufig folgende: [1])

Das Vermögen der Bürger und andrer Berechtigten ist ein Recht, welchem Verbindlichkeiten Einzelner gegenüber stehen. In der That ist Jeder in seinem Vermögen dadurch geschützt, daß er es von Andern abfodern kann und Andren keine Verbindlichkeiten daran zuzugestehen braucht. Unser Vermögen ist also eine Obligation, ein Socialrecht, und es kömmt auf den unmittelbaren Gegenstand nur soviel an, daß das Recht an einer körperlichen Sache — sei es eine unbewegliche oder eine bewegliche, ein Sachenrecht genannt werden kann, wozu denn aber auch das Pachten, Leihen u.

1) Die römische Lehre von dem Unterschiede der actiones in rem und in personam geht wie Alles in solchen römischen Gerichtssachen auf den ursprünglichen Prozeß der Römer zurück: die actio in rem findet nach der alten legis actio wegen der manus consertae in Beziehung auf die res praesens statt; daraus kam später die Regulirung der Rolle des Beklagten durch die possessio. Der Unterschied ist darnach dogmatisch geworden, im römischen Rechte immer beibehalten worden, und der Ausdruck gilt auch jetzt noch. Nur im französischen Rechte besteht er mehr dem Namen als der Sache nach. Allerdings haben die Römer in der späteren Zeit den Ausdruck in rem und in personam gleichsam allegorisch gebraucht z. B. bei den exceptiones und pacta: allein wer wollte diese Ausdrücke mit der Richtung der actiones in rem und in personam unter einen Begriffsstandpunkt bringen?

Digitized by Google

ſ. w. gehört, woraus freilich wenig mehr als ein grammatiſcher Begriff folgt. Das Eigenthum an ſolchen Sachen iſt auch nur eine Obligation, welche freilich der Sache ſelbſt nach auf ein uti und abuti in der Vollkommenheit des Gebrauches der Sache ſich bezieht. Man kann daher die Rechte eintheilen in ſolche, die ſchon theilweiſe durch die Natur der Sache beſtimmt werden und in ſolche, die die Natur des Rechts allein beſtimmt. Davon verſchieden iſt die Wirkſamkeit des Rechts; denn gegen dritte wirkt bei beweglichen Sachen nur der Umſtand, daß ſie geſtohlen oder verloren ſind, und bei Liegenſchaften und was ihnen gleich iſt, das beſſere Recht und die Inſcription in den (Grund- und) Pfandbüchern. [2]) Es folgt aber hier Nichts aus der Natur des Rechts, ſondern aus der politiſchen Einrichtung des Schutzes gegen Diebe und unrechtliche Leute und aus der Oeffentlichkeit des Anſpruchs. Alles iſt hier vom römiſchen Rechte ſehr entfernt, die revendication iſt nur eine Erinnerung, und Alles, was aus der alten Formularjurisprudenz der Römer von actiones in rem und in personam kömmt, Alles, was gerade daraus für die Natur der Rechte geblieben iſt, ſo daß man ein dominium rei et juris nach der Meinung einiger Neueren von den obligationes unterſcheidet, ſo daß der Inhalt das eine und andere Recht macht, Alles, was die Gloſſatoren dinglich genannt haben, fällt weg. [3])

Das Eigenthum aber iſt nur dadurch karakteriſirt, daß

---

2) Nach badiſchem Rechte in den Grundbüchern überhaupt: nach franzöſiſchem Rechte blos in Hinſicht der Pfandobligationen. In Frankreich iſt die Grundbuchsſchreiberei blos Pfandſchreiberei.

3) Es gibt gar kein dingliches Recht bei den Franzoſen: alſo auch die Pfandobligationen ſind in der That nichts als obligationes in rem scriptae. Savigny in ſeinen Pandecten I. S. 374. glaubt, im franzöſiſchen Rechte ſtehe alles im Eigenthum nach der Richtung des II. und III. Buches: allein Eigenthum bedeutet hier nichts anders als das allgemeine obligatoriſche Recht, und die Grundlage dazu gab Domat der alles Recht als obligatio und engagement auffaßte. Nur das Recht der Liegenſchaften hat gewiſſermaßen ein privilegium d. h. die obligatio in rem scripta.

Digitized by Google

es den materiellen vollen Umfang des Rechts ausdrückt, also in einem uti und abuti besteht, dagegen hat es keine formelle Bedeutung. Das Eigenthum an sich wird wie jede obligatio durch Vertrag erworben, hat keine besondere Klagen, und ist nur ein gewöhnliches Recht, wie jedes andre Vermögensrecht. Dadurch kann es auch auf Geisteswerke und andre Richtungen, wo eine objective Grundlage zu finden ist ausgedehnt werden, in der Erbschaft ist ein Eigenthum, ebenso in den Servituten, auch im Pachtrechte u. s. w.

Sehr unrecht hat Brauer, wenn er die Rechte an Sachen in Sachenrechte und Sachenartige Rechte abtheilt, unter den letztern nur das Pfandrecht verstehend, weil hier auch blos persönliche Vorzugsrechte gemeint seien. Mit Recht haben daher die Neueren davon abgesehen. [4])

Aus allem geht hervor:

1) das Eigenthum im strengeren Sinne geht auf Körper. Die Rechte daran, namentlich an unbeweglichen Körpern werden ebenfalls als unbeweglich angesehen. [5]) Das Eigenthum an Liegenschaften ist ein eigenes System, weil der Erwerber ein Recht der bessern Obligation gegen jeden Dritten, der keine so gute obligatio hat, durchfechten kann.

2) Darauf allein geht die Lehre vom Besitz, unvollständig aufgefaßt sowohl wegen der Klagen als der Verjährung.

3) Die Verjährung selbst aber ist rein im römischen Sinne aufgenommen, jedoch nur als causa der Erwerbung in derselben Richtung, wie dies auch ein Vertrag thut, jedoch sie gibt namentlich ein besseres Recht gegen den andern Besitzer.

§. 2.

System des Code Napoleon.

In Frankreich hat man sich sehr an die Legalordnung gehalten, in Deutschland hat besonders Zachariä die römische Ordnung zu Grunde gelegt: nicht aber hat man das System aus dem Gesetzbuche selbst entwickelt. In der That

4) Nur nicht Bekk dingliche Rechte an Liegenschaften. Karlsruhe 1831.

5) Warum nicht das Pacht-Leihrecht an unbeweglichen Sachen?

Digitized by Google

ist dieses, soweit es auf die Vermögensverhältnisse Bezug hat, so aufzustellen:

I. Recht der Liegenschaften. *) Hierher gehören dann nicht nur die unbeweglichen Sachen an sich, sondern auch die Rechte, welche als unbewegliche Sachen angesehen werden.

a) Eigenthum,

b) Nutznießung,

c) Nutzung und Wohnung,

d) Grundgerechtigkeiten.

II. Verbindlichkeiten und zwar:

a) an beweglichen Sachen, sowohl im Genusse derselben theils zum Eigenthume theils zur Nutzung, wie auch zum Faustpfand,

b) auf das Einräumen unbeweglicher und beweglicher Sachen (dare) aber auch tradere zum Leihen, Pachten u. s. w., obgleich die Franzosen das tradere unter dem Geben nicht verstehen,

c) auf das Thun und andere Leistungen (facere).

Die Erwerbung beider Rechte geht, soweit nicht die Natur einzelner Sachen etwas mit sich bringt, wie z. B. bei der Occupatio, Accessio, Besitz und Verjährung an Sachen selbst, ganz gleichmäßig durch Vertrag, Unrecht und Erbschaft vor sich: es wird aber gut seyn — Schenkung und Erbrecht besonders zu behandeln: obgleich sie ein nothwendiger Theil des Vermögensrechts sind, und keineswegs als Fortsetzung der Persönlichkeit von Todeswegen in Betracht kommen, wenn sie auch diesen Zweck in sich tragen und ihn durch einzelne bürgerliche Einrichtungen der Schulden wegen verwirklichen.

Die Natur der Klage hat gar keine Bedeutung, obgleich man die Klage gegen unmittelbar oder mittelbar Verpflichtete unterscheiden mag, und nur die Pfandklage gegen

6) Die Eintheilung in körperliche und unkörperliche Sachen kann man entbehren, wenn man nur weiß, welche unkörperliche Sachen den Liegenschaften gleichgeachtet werden, denn an allen andern Dingen finden die bloßen und einfachen Verbindlichkeiten statt, seien die Sachen körperlich oder unkörperlich.

Digitized by Google

Dritte hat ihre eigene Richtung. Wohin die Hypotheken gehören, davon wird weiter unten die Rede seyn.

Nach diesem Systeme wird es am zweckmäßigsten seyn, zuerst den Unterschied der unbeweglichen und beweglichen Sachen zu entwickeln. Besitz und Verjährung kommen eigentlich nur bei den ersten vor. So sonderbar das französische Recht ist, so leicht wird es möglich seyn, die Consequenz des römischen Rechts überall darauf anzuwenden.

§. 3.

Unbewegliche Sachen.

(Liegenschaften.)

Es ist eine große Unvollkommenheit des deutschen Rechts, bewegliche Sachen als Grundlage des Vermögens nicht wie unbewegliche zu schützen. Allerdings muß man Ausnahmen machen wie z. B. bei der Specification, wenn die Sachen nicht gestohlen sind, aber sonst sollte die bewegliche Sache so sicher seyn wie die unbewegliche. Offenbar kömmt diese Ansicht des französischen Rechts aus den Contumes, und könnte man bewegliche Sachen nicht so gut durch äußere Vorsehung bewahren, so würde die bürgerliche Ordnung durch dieses System, welches nur zur Selbsthilfe und Eigenmacht führt, wenig gedeckt seyn. Auch der Besitz hat bisher keine Anwendung; [7]) die Verjährung ist folgeweise nicht nöthig, weil das Innehaben den Titel macht, und weil hier das deutsche Recht dadurch indirekt sich helfen kann, daß die Polizey die Sachen schützt, ein Institut, welches von jeher uns zur großen Last war. [8]) Nur aus unvollkommenen Gesetzen kommen unvollkommene Einrichtungen.

Im Ganzen war der Unterschied eigentlich auch darauf berechnet, daß unbewegliche Güter der Familie erhalten wer-

---

7) possession vaut titre sagt man freilich, aber nur deshalb, weil derjenige, welcher die Sache im Besitze hat, keiner actio in personam bedarf.

8) Jemand, der eine Sache durch Betrug hat — hat sie mit Recht. Gerade deshalb ist in den Städten im Mittelalter die Markt- und andere Polizey entstanden, und gerade da nicht zu entbehren, wo das französische System gilt.

Digitized by Google

den sollte, bewegliche aber dem Einzelnen gehörten und gesichert sind, soweit also Fahrniß genannt wurden.

Am Schlimmsten scheint es freilich, [9]) daß man zu dem Hauptunterschiede der körperlichen und unkörperlichen Sachen gar nicht gekommen ist, sondern auch die unkörperlichen Sachen gleich in die Reihe der unbeweglichen und beweglichen gebracht hat. Endlich hatte die Eintheilung in unbewegliche und bewegliche Sachen vollen Einfluß auf den Heirathsvertrag, und so kömmt es hier vor, daß eine unbewegliche Sache mittelst eines Vertrags einer beweglichen Sache gleichgestellt werden kann und ebenso eine bewegliche Sache einer unbeweglichen. [10])

Im Uebrigen ist es eine Hauptansicht des französischen Rechts, in künstlicher Weise unbewegliche Sachen herzustellen z. B. Staatsrenten, die Actien der französischen Bank, als Integration eines Majorats. [11])

Die unbeweglichen Sachen stehen immerhin unter dem Begriffe von Vermögen neben den andern Theilen des Vermögens und zwar sowohl in der Erbordnung jetzt ohne Unterschied der Stammgüter und der Errungenschaft, wie durch ihre Befreiung vom Obereigenthume, Lehens- und Grundeigenthume, und nur dem Expropriationsgesetze sind sie unterworfen [12]).

Das System der unbeweglichen Sachen ist deshalb wichtig, weil es der Publicität eine größere Bedeutung beilegt, die Staatsterritorialität und Steuern sichert, die Catastrirung und den Gemeindeverband begründet und bestätigt, auf das ewig Bestehende des Nationalreichthums hinwirkt und den Staaten eine andere Bedeutung gibt, wie bei dem römischen Rechte dies der Fall ist.

---

9) Sieh auch Toullier im Anfang des tom. III.

10) Art. 1500. Die Franzosen haben den Grundunterschied des deutschen Rechts in Familiengut und Errungenschaft in der Sucht nach Abänderung des Fendalsystems verworfen, aber bei der Ehe beibehalten.

11) Toullier tom III. ch. I. pag. 11. (5te Ausgabe von Brüssel.)

12) Toullier lib. II. tit. III. chap. IV.

Digitized by Google

§ 4.

Inwieferne gibt es eine Oeffentlichkeit des Rechts bei unbeweglichen Sachen?

Die Oeffentlichkeit bei den unbeweglichen Sachen ist nur relativ [13]; d. h. in Hinsicht auf die Erwerbung ist keine Oeffentlichkeit da, sondern es richtet sich Alles

a) nach dem Grundsatze des Besitzes:

b) nach dem Grundsatze der Obligation:

in Hinsicht auf Dritte aber tritt die Oeffentlichkeit wegen des Pfandrechts hervor [14]).

I. Der Besitz ist 1) an sich ein Titel, denn wo Rechte Dritter nicht in Betracht kommen, erfüllt er das Recht, 2) der Besitz gilt also als Occupation und Accession, 3) der Besitz gilt als Verjährung, und zwar auch gegen den Dritten. Wie dieses freilich in Baden sey, ist zweifelhaft: man sollte glauben, ein nicht inscribirter Besitzer könne nicht verjähren; allein dieses würde das ganze System des franz. Verjährungsrechts umwerfen.

II. Die Obligation bei unbeweglichen Sachen gibt ein Recht gegen jeden Dritten, natürlich in der Voraussetzung, daß der Kläger der bessere creditor ist. Man könnte auch die publicianische Klage anwenden, weil der Vertrag den Besitz gleichsam fingirt, obgleich dieser gar nicht factisch besteht, sondern nur construirt ist. Aber soviel ist aus dem Systeme der actio publiciana gewiß, daß der besser Berechtigte das Klagrecht gegen jeden Dritten hat z. B. ohne Rücksicht auf den Besitz der frühere Käufer, abgesehen von demjenigen was die badische Gesetzgebung hinsichtlich der Eintragung in das Grundbuch vorschreibt. In der That nämlich wird in Baden dasjenige maasgebend seyn, was die Römer bei der traditio angenommen haben, daß nämlich der jüngere Käufer das bes-

13) Auch hier nur wegen des Pfandrechts, denn im französischen Rechte gibt es keinen Eintrag in das Grundbuch, und die Transscription ist nur die Umschreibung des Namens des Besitzers, und daher gar nicht anzunehmen, daß aus derselben die causa acquirendi gegen Dritte folge. Anders freilich im badischen Recht. (S. auch Schenkung).

14) In Baden freilich anders s. 1583 a 1002 a 939 a wegen der Analogie des Tausches u. s. w.

Digitized by Google

sere Recht habe, wenn er inscribirt ist; ein Satz, welcher gänzlich gegen die Vorstellung der Franzosen anstößt: wie wir in einem späteren Capitel ausführen werden. Doch auch die Franzosen haben theilweise und ausnahmsweise etwas Anderes angenommen; eine Ausnahme ist es nämlich von dem französischen Princip, daß, wenn sich Einer gegen Mehrere zu verschiedenen Zeiten verbindlich gemacht hat, eine bewegliche Sache zu liefern, der der bessere ist, welcher zuerst in den physischen Besitz der Sache gesetzt worden ist. Art. 1141. Art 2279. — aber in der That ist dies ein Gegensatz zu den unbeweglichen Sachen, und beruht darauf, daß, wie bei den Römern, der Besitz hier das Recht gibt, und daher der erste Käufer einen bloßen Entschädigungsanspruch gegen den Verkäufer hat. —

Endlich aber ist in Hinsicht auf die Liegenschaften speciell zu bemerken, daß der damit Beschenkte nur dann ein gegen dritte Personen wirksames Recht erhält, wenn er die Schenkungsurkunde in das Pfandbuch hat transscribiren lassen. [14]) Hier natürlich ist das badische Gesetzbuch einfacher, welches bei geschenkten Liegenschaften nichts andres verlangt, als bei den anders erworbenen ebenfalls.

§. 5.

Von der revocatio ex tunc und ex nunc bei Liegenschaften [15]).

Da nach diesen Voraussetzungen keine Verschiedenheit zwischen dem Eigenthum und den Obligationen ist, so sollte der gedachte Unterschied gar nicht statuirt werden. [17]) Was die Verpfändung insbesondere angeht, so kann freilich der Herr der Sache diese nicht verpfänden, wenn ihm das Recht dazu in der Transscription zum Pfandbuche genommen seyn sollte: außerdem aber kann er verpfänden. [18])

15) Art. 939, 1069.

16) Eine Schrift im Großherzogthume Baden erschienen: von Dr. Holzmann. Freiburg 1825, darüber, ob der Eigenthumsvorbehalt noch rechtliche Wirkungen habe.

17) Ein jus singulare ist es daher, wenn der Wiederkäufer seine Sache frei von den unterdessen aufgelegten Pfandlasten zurücknimmt. Art. 1673, pos. 2.

18) Nur bemerkt noch der Code de proced. Art. 834. daß der Pfandgläubiger des früheren Eigenthümers bis zur Transscrip-

Digitized by Google

Die Sache ist hier durch das badische Recht anders gestellt z. B. durch den Zusatz 1583 a., denn ein Eigenthum hat der Käufer wohl mit dem Kaufe, aber der Verkäufer kann Pfandrechte auf die unbewegliche Sache expost eintragen lassen, solange der Kauf nicht transcribirt ist in welchem Falle wohl auch der Käufer sein Eigenthum geltend machen kann, nur nicht gegen die Pfandgläubiger. Aber dem Verkäufer gegenüber braucht man nicht, wie Bekk S. 50. thut, eine Contracts- und eine Eigenthumsklage zu unterscheiden, sondern in der That geht die Eigenthumsklage auf Ersatz wegen des Pfandrechts.

So wäre es denn auch bei der Revocation, und es bedarf auch nicht mit den Franzosen und mit Zachariä eines weiteren Unterschiedes. Die Eigenthumsklage hat nämlich bald die Wirkung gegen Dritte, bald ist sie mehr nicht als eine Klage gegen den Vertragsbetheiligten, die man dann wohl auch Vertragsklage nennen kann, aber das Eigenthum selbst geht dann, sowie es durch Vertrag entstanden ist, ohne weiters durch Vertrag zurück. Ob der Pfandbesitzer darunter leide, wäre nach unsrer obigen Ansicht von der Transcription abhängig, aber freilich sind auch die Franzosen nach ihrem älteren Systeme anders verfahren und vorwärts gegangen und haben den ursprünglichen Vertrag ausgelegt, dann aber bleibt keine andere Regel, als die des römischen Rechts: daß der Verleiher mehr nicht übertragen wird, als er geben kann und will. [19]) Ebendeßhalb würden dann auch die beiden natürlichen Ausnahmen gelten:

a) wenn ein besondrer Umstand den wirklichen Uebergang des Eigenthums zu erkennen gibt z. B. der Verleiher hatte einen Theil des Kaufpreißes empfangen mit der Bedingung aber, daß, wenn der andere Theil nicht in bestimmter Zeit bezahlt würde, das Object zurückzugeben sey.

b) wenn dasjenige, was zur unwiderruflichen Erwer-

---

tion d. i. der Eintragung des Kaufes und noch 14 Tage nachher den Eintrag bewirken könne.

19) In meinen Pandecten §. 234. heißt es deßhalb: Es sey hier kein Unterschied des Verhältnisses zwischen der Begründung von Eigenthum und dinglichen Rechten — und jener von Obligationen.

Digitized by Google

bung gehört, in der reinen Willkür des Erwerbers liegt, denn der Verleiher hat sich hier ausdrücklich in dessen Willen begeben [20]).

Nach badischem Rechte würde dieses freilich nicht eintreten, wenn der neue Käufer nicht inscribirt wäre, aber nur gegen die Pfandgläubiger, die der alte Herr und Verkäufer expost hätte einschreiben lassen, weil dieses gleichsam als eine Strafe besonders festgesetzt worden ist. —

Eine andre Frage ist noch die, wenn der neue Käufer im Grundbuche eingeschrieben ist, was freilich auf das französische Recht keinen Einfluß hat, und weßhalb denn auch die Transscription im französischen Rechte für die Pfandgläubiger nichts vollständiges bedeuten kann, ob die von dem Verkäufer gegebenen Pfandrechte, die inscribirt wurden, gültig seyen, was nicht geläugnet werden dürfte, so daß sich denn hier wieder eine revocatio ex tunc von selbst und durch den Eintrag fände.

Wären aber Pfandgläubiger des Revocanten und des andern eingetragen, was nur aus Versehen geschehen könnte, dann würde bei den Franzosen die oben aufgestellte Regel gelten, daß die revocatio ex nunc geschehe, wenn nicht gerade besondere Umstände in concreto auf das Gegentheil führten, z. B. der klare Vertrag der Partheien.

Es gehört diese Lehre zu den allerschwierigsten im französischen Rechte aus folgenden meist historischen Gründen:

1) vor dem Code war offenbar die traditio des römischen Rechts das jus commune in Frankreich, und die Notare nahmen überall die clausula quasi traditionis in ihr Instrument [21]): hiernach war das römische Recht entscheidend.

2) Der Code nahm den bloßen Vertrag als genügend für die Eigenthumserwerbung an, ohne dies als Princip überall gehörig durchzuführen. [22]) Allein der Gedanke hätte doch als Regel bestehen müssen: Vertrag gibt das Eigenthum — Contracts- und Eigenthumsklage ist dasselbe.

20) Merlin in dem Satze: resoluto jure etc. unterscheidet so: entre celles, qui sont l'effet direct et immediat de sa volonté et celles, qui n'en sont que l'effect indirect et eloigné.

21) Zachariä IV. Ausg. §. 180. Note 3.

22) Art. 1303. 1867.

3) Das badische Landrecht hat die Grund- und Pfandbücher, und bezieht das eine Verhältniß auf das Andere.

4) Die Franzosen haben nur die Pfandbücher, beurtheilen aber nicht das Recht des Verpfänders aus den Pfandbüchern.

5) Die Franzosen kommen also in Revocationssachen unsrer Art auf die Natur des Vertrags zurück, können aber nicht anders präsumiren, wie die Römer auch.

6) Das badische Landrecht muß dagegen etwas von der Inscription in den Grund- und Pfandbüchern abhängig machen, und daher von dem französischen Rechte abweichen.

7) Das vernünftigste wäre, wie überall, auch hier den vollkommen verwirrenden Standpunkt des badischen Landrechts gänzlich zu beseitigen — überhaupt Alles, was sich auf das Grundbuch bezieht, zu streichen, zumal sich Servituten etwa ausgenommen hinreichend zeigen läßt, daß in unsern Gemeindegerichten die Berichtigung des Rechtstitels in den Grundbüchern sich nicht gehörig bewirken läßt. —

§. 6.

I. Ueber Pfandinscription des französischen Rechts.

II. Ueber die Ausdehnung des Begriffs der unbeweglichen Sachen.

ad I. Die Pfandinscription des französischen Rechts ist eine Sicherung für den Pfandgläubiger, aber nichts was auf die Erwerbung der Sache selbst Einfluß hat. Der Pfandgläubiger stützt sich zunächst in die Inscription, aber er kann daraus das Recht des Verpfänders nicht erweisen, noch weniger kann der Verpfänder etwas auf sein Eigenthum schliessen. Das badische System ist hier zu weit gegangen, und paßt auf keinen Fall zu den übrigen Lehren des Code. Das französische Gesetzbuch hat nicht minder Vieles gewagt, indem es keine eigene Form der Eigenthumserwerbung aufstellte: allein die französische Idee ist durchzuführen, wenn man nur annimmt, daß kein Unterschied zwischen Eigenthum und Obligatio sey, jedoch bei unbeweglichen Sachen der bessere creditor ein Recht auch gegen den Dritten haben kann ganz nach der Analogie des römisch-publicianischen Rechts. Die Pfandinscription steht im fran-

Digitized by Google

zösischen Rechte durchaus für sich und ist nicht ad consequentias zu bringen. Die badische Lehre vom Grundbuch paßt durchaus nicht zu dem französischen Rechte.

II. Die Ausdehnung des Begriffes von unbeweglichen Sachen ist deshalb interessant, weil, während bei beweglichen Sachen der bloße Besitz schützt, und den Nichtbesitzer außer Schutz setzt, bei unbeweglichen ein qualificirtes Recht möglich ist, welches auch gegen einen Dritten geht, und daher dem Nichtbesitzer auch gegen den Besitzer zusteht. —

Zu den unbeweglichen Sachen gehört:

A. Das Eigenthum an Liegenschaften. Im Mittelalter war auch hier ein von der Natur abweichender Begriff durch die Richtung auf die Succession gebildet, namentlich der Grundsatz desjenigen, was zu einem Familien- oder Stammgute gehörte, und wo denn auch die Destination des Eigenthümers durchgreifen konnte, gab die Entscheidung. Aber in andern Lehren war die Sache wieder anders z. B. in den ehelichen Verhältnissen waren die unbeweglichen Sachen für den Zustand zur Zeit der Eingehung der Ehe bezeichnet, und eine unbewegliche Sache, erworben in späterer Zeit, konnte daher auch zur Errungenschaft gehören. Also drey Dinge waren in der That bestimmend: a) die Natur der Sache, b) die Bestimmung des Eigenthümers, c) die Betrachtung nach Zweck und Zeit. Für das eheliche Verhältniß, das einzige aus dem Mittelalter erhaltene ist die Lehre so geblieben, für das Erbrecht aber verloren gegangen, nur haben die auch in Frankreich eingeführten Majoratsgüter einige Aehnlichkeit mit den Instituten der alten Zeit. [23])

Der Natur nach gehören zu den Liegenschaften die Grundstücke auch nach Art. 513. Die Gebäude freilich sind dieses nicht selbständig, sondern gehören als Accession zu den Grundstücken. [24]) Die Grundstücke aber haben ebenso wie die Gebäude sowohl auf der Oberfläche als in der Tiefe verschiedene Anhänge, die ebendeshalb als eigene Sachen wie die Gebäude betrachtet und dann auch als Liegenschaften construirt werden, z. B. die Bergwerke und Steinbrüche, der ein-

23) Zachariä I. § 170.
24) Art. 552.

Digitized by Google

gestreute Same, die Pflanzen, Bäume und Hölzer, die feststehen und nicht geschlagen sind, die Früchte, die auf Wiesen, Feldern oder in Gärten stehen oder an Bäumen und Sträuchen hängen. Jedoch ist hier vor Allem darauf aufmerksam zu machen, daß die Grundstücke selbst ihrer Natur nach immer unbeweglich bleiben, die andern Dinge aber unter Umständen zur Fahrniß werden. Der Grund dafür ist, daß solange sie entweder wirkliche Accession sind, oder solange dem Eigenthümer und Fructuar nicht das Recht zur Trennung zusteht, welches sie wirklich ausüben, die Liegenschaftseigenschaft prädominirt. [25]) Endlich versteht sich, daß alle Verkäufe und Geschäfte, die sich auf solche Dinge nach ihrer Trennung beziehen, immer als auf bewegliche Sachen gehend aufgefaßt werden. Es ist nicht schwer, hier eine Art von civilistischen Geist wirken zu lassen, in welcher Hinsicht sich auch die neuesten französischen Schriftsteller, z. B. Pothier, Duranton auszeichnen. Die Gebäude selbst bilden eine universitas, wie bei den Römern, und daher ist in der Verbindung mit dem Gebäude Alles eine Liegenschaft, was zur universitas gehört, und worauf es ganz leicht ist, allgemeine Grundsätze des römischen Rechts von der universitas anzuwenden.

Was nun die andere Art der Verliegenschaftung betrift, die Bestimmung des Eigenthümers, so gilt wohl als allgemeiner Satz die Lehre von den Pertinenzen. Diese sind nämlich solche Dinge, welche nach der Natur des Grundstücks und des Gebäudes weder zu den physischen Theilen desselben noch auch zur juristischen universitas gehören, aber doch animo domini also gleichsam relative in eine bleibende Verbindung gebracht sind. Es kömmt hier freilich wieder Manches auf die Natur des Geschäftes, z. B. Verkauf, Verpachtung, Vererbung an, und es lassen sich hier durchaus allgemeine Grundsätze nicht geben, so sehr sich auch nicht blos das französische [26]), sondern weniger practisch noch das preußische

25) Wichtig für das Recht der Verpfändung auf Liegenschaften. Auch die Natur der Käufe wird darnach beurtheilt, so daß dadurch die speciell verkauften Accessionen beweglich werden. Toullier tom. III. chap. 1. sieh auch den Text selbst.

26) Zachariä §. 170.

Recht darum bemüht hat. [27]) Blos aus diesem Standpunkte ist zu rechtfertigen, daß auch eine Servitut als Destination bestellt werden kann, ein Grundsatz, der bei den Römern durchaus nicht stattfand. [28])

Endlich aber ist in dieser Lehre noch vielfach zu erwägen, zu welchem Zwecke die Sache in rechtlichen Anschlag kömmt, denn es ist möglich, daß hier etwas beweglich sey, was in anderer Hinsicht als Liegenschaft gilt, z. B. der Verkäufer einer Dampfmaschine kann sein Rückforderungsrecht, auch wenn die Dampfmaschine schon in das Gebäude eingefügt ist, geltend machen, wenn er nicht bezahlt ist: so daß hier überall mehr der feine interpretirende juristische Verstand als allgemeine Grundlagen entscheiden, die übrigens dennoch sichtbar sind und allerorten bestehen. Im römischen Rechte wurde die Interpretation freilich nicht darauf gerichtet, weil nirgends ein Rechtsunterschied zwischen den unbeweglichen und beweglichen Sachen war.

B. Was nun die Rechte an den Sachen angeht, so ist natürlich hier von denjenigen die Rede, welche nicht Eigenthum sind. Hier haben die Franzosen eine doppelte Richtung:

a) eine wieder nach der Natur des Rechtes selbst: also gehören hieher Nutznießung, Nutznng und Wohnung, sowie die Grunddienstbarkeit. Viele haben darüber gestritten, ob die Nutzung und Wohnung hieher gehöre, weil deren keine bestimmte Erwähnung in den Gesetzen getroffen sey, und weil auch ein Pachtrecht an der Liegenschaft nicht hieher zu stellen sey; allein auch die Franzosen haben am römischen Rechte gehalten, welche sunter dem ususfructus auch den theilweisen usus, der ja nur als eine Relation zum ususfructus bestand und wirksam war, einschlossen. Bey den Grunddienstbarkeiten ist zwar nicht das Einzelne des römischen Rechts gültig, aber doch die allgemeine Idee der Servitut selbst. Renten, welche ablößlich sind, werden zu den beweglichen Sachen gestellt; anders ist dies freilich in Deutschland bey

27) 1 Thl. II. Tit. §. 48 ff.
28) Art. 692.

Digitized by Google

den herrlichen Rechten der Gülten, Zinsen u. s. w. die ja auch in Frankreich unbeweglich waren.

Wie es mit dem Pfandrechte und den deßhalb bestellten Vorzugsrechten sey, ist sehr schwierig zu entscheiden. Wir gehen von folgender Ansicht aus: sie sind nur res accessoriae und folgen in dieser Beziehung ihrem principale, d. h. der Foderung. Nicht der Gegenstand des Pfandrechts, z. B. die Liegenschaft kömmt hier in Betracht, sondern dasjenige, auf dessen Geltendmachung das Pfandrecht selbst geht, die Foderung. So wären nun die Pfandrechte und Foderungsrechte von dieser Seite beweglich, allein ein gleich zu eröffnender neuer Standpunkt wird sie theilweise zu unbeweglichen machen. [29])

b) Ein Recht wird unbeweglich durch die gesetzliche Bestimmung, z. B. wenn man eine Liegenschaft durch die Klage unmittelbar herausfodert, selbst wenn es nur gegen den einzelnen Besitzer ginge. Diese Sache ist aus Anwendung des römischen Rechts oft mißverstanden worden. Vorausgesetzt wird freilich, daß die Klage auf die Herausgabe der speciellen Liegenschaft gehe, also wie die Römer sagen auf das dare fundum vel aedes. Die objective Grundlage ist also allerdings dasjenige Object, was oben sub lit. a. bestimmt ist. Allein, wie schon Zachariä [30]) sagt, auf den Grund der Klage selbst kömmt Nichts an. Also wer ein Grundstück erkauft hat — fodert, wenn er auf das Grundstück selbst klagt, das Grundstück in der That nicht mit der Vertrags-, sondern mit der Eigenthumsklage heraus, und es ist ja eigentlich gar kein Unterschied zwischen beiden. Nur, wo Jemand nicht auf das Grundstück klagen kann, sondern auf das Interesse, da ist blos die Vertragsklage begründet. Daher kömmt es denn auch, daß die Klage auf eine Pfandliegenschaft von diesem Standpunkte zu den unbe-

29) Schon oben ist bemerkt, daß ex jure singulari gewisse Renten z. B. Staatsrenten für unbeweglich erklärt sind; aber was im französischen Rechte gilt, ist nicht eo ipso auf die Rechte andrer Staaten anzuwenden, wenn nämlich die Renten mehr Capitalien für einzelne Fälle als wahre Finanzanstalten sind, wie z. B. in Baden bei den sogenannten Staatsrenten.

30) §. 171.

Digitized by Google

weglichen Sachen gerechnet werden muß, denn der Zweck der Klage ist ja die Liegenschaft selbst. Da endlich auch das Vorzugsrecht auf die Liegenschaft radicirt ist, und also die durch das Vorzugsrecht qualificirte Klage auch auf die Liegenschaft geht, so ist auch insoferne das Recht der unbeweglichen Güter gegeben. Ganz unrichtig war daher bis auf unsre Tage selbst der in Frankreich geführte absolute Streit, ob Pfand- oder Vorzugsrechte — unbewegliche Sachen seien: vielmehr war zur Entscheidung dieser Sache lediglich und allein auf das angegebene Princip und auf den ausgegangenen Prozeß zu verweisen.[31])

§. 7.

1) Noch andere Richtungen der Vermischung der Natur des Eigenthums mit den Obligationenrechten an Sachen.

2) Richtige Aufstellung und Abtheilung des Obligationenrechts im engern Sinne.

3) Das Grundbuch paßt nicht zum Code ausser der Hypothek wegen.

ad 1. Von Rechtswegen hätte der französische Gesetzgeber von dem römischen Grundsatze des dare rem vel usumfructum etc. ausgehen, also namentlich in Hinsicht auf Liegenschaften das dominium und jus in re mit der obligatio ad dandum vermischen sollen, sodann dem Empfänger der Sache oder Liegenschaft gerade dasjenige auflegen sollen, was auf die Liegenschaft als eine der Liegenschaft selbst angehörende Beschränkung besteht. Eine Menge römischer Ansichten wären dadurch richtiger bestimmt worden, z. B. der Verkauf einer fremden Sache konnte wohl kein Eigenthum geben, sondern nur eine Vertragsklage ad praestandum id quod interest, man konnte nur den Besitz anerkennen, der dann nichts andres war, als das einstweilige Surrogat des

31) Die Hypothek an sich ist beweglich — die angestellte hypothekarische Klage ist unbeweglich. Der Grund ist der, weil dort das Recht nur ein accessorisches ist, hier aber durch die Entwickelung des Rechts zur Klage die Selbstständigkeit des Rechts hervortritt. Roßhirt Lehrb. der Pand. §. 205. a. E.
Die Franzosen haben dies mehr gefühlt als ausgesprochen.

Digitized by Google

id, quod interest. Dagegen aber muß jetzt der Käufer, wie im römischen Vertragssysteme selbst, z. B. dolus, vis, die von dem Verkäufer kommen, übernehmen, denn es sind exceptiones rei cohaerentes. [32]) Der Eigenthümer bei den Römern trug sie freilich nicht, weil die traditio ihm einen eigenen Standpunkt gab wo vom auctor Nichts abhing, was unter den Neueren besonders Franke bewiesen hat. Aber im französischen Rechte fällt dieses weg. [33]) Auch die Widerruflichkeit muß der Nachfolger tragen. [34]) Ebendeßhalb ist man endlich auch dahingegangen, dem Pächter oder Miethsmann die exceptio doli gegen den Käufer und neuen Erwerber entgegenhalten zu lassen, und also auch hier etwas anzunehmen, was gegen die Ansicht des römischen Rechts, aber an sich consequent ist. [35])

Ueberhaupt wird es nicht fehlen, auch dem französischen Rechte die Consequenz zu erhalten, und den gesunden Tact seiner Verfertiger zu zeigen, wenn nur die ihnen selbst nicht ganz klaren Principien begriffen, und in logische Verbindung gebracht werden. Selbst bei den Römern erfolgte die Zusammenstellung zu einem Systeme erst allmählig; und zwar die elegantia durch die Juristen, die aequitas durch das Gericht, und in der ersten Rücksicht muß das französische Recht ebenso durch die Gelehrten gehoben werden, wie dies durch die französischen Gerichte bereits in der andern Hinsicht geschehen ist.

32) Zachariä §. 181.

33) Duranton Cours de droit francais X. 158. 160.

34) Art. 1183. 1184. 1654 1664.

35) Ganz richtig ist daher im französischen Sinne auch die Annahme, daß der Nachfolger die exceptio doli gegen denjenigen mache, welcher im Besitze einer Sache, wenn auch im Pachtbesitze, also zur Sache selbst ist Duranton XVII 147., denn wenn dies auch keine römische obligatio ad dandum ist, so hat man doch das Pachtrecht hier dem ususfructus ähnlich angesehen: — aber natürlich für eine obligatio ad faciendum muß der Nachfolger der Sache weder haften, noch kann er sie gegen den andern ansprechen, siehe die Beispiele, aber nur diese, nicht das Princip bei Zachariä §. 183. Der römische Ausdruck pacta in rem gehört nicht hieher — die Neueren mögen sie aber in ihrem Sinne so nennen. —

Digitized by Google

ad 2. Nunmehr ist es möglich, das ganze innere System des französischen Rechts zu begreifen. Der römische, schon in der ältesten Zeit und im ältesten römischen Rechte angenommene Unterschied der actiones in rem und in personam ist bei den Franzosen untergegangen. Bei den Römern war er durch die Theorie erhalten, blieb er ein Fundament der größten Anzahl einzelner oft sogar wiedernatürlicher und unbilliger Bestimmungsgründe. Warum soll der neue Erwerber gewisse Verpflichtungen wie z. B. Hypotheken anerkennen — andere wie z. B. Pachtrechte nicht anerkennen? Warum soll die privatrechtliche Tradition, die ja jetzt nicht einmal für durchgreifend geachtet wird, wie bei Servituten, etwas wirken, wo der selbst mit Zeugen abgeschlossene Vertrag es nicht thut!

Allerdings war es ein großer Schritt, welchen die Franzosen thaten, indem sie die causa praecedens für tüchtig erklärten, das Eigenthum zu übertragen; aber noch wichtiger ist die Ansicht, wornach das Eigenthum jetzt nur eine Verbindlichkeit wird, die nur ausnahmsweise, wie bei einer römischen actio in rem scripta auch gegen den Dritten geht. Dieser Unterschied, obgleich nicht fein herausgefühlt, und oft eben wegen der Rücksicht zu dem jus in rem bezweifelt, steht jetzt als eine Anomalie der Verbindlichkeiten fest, und die Franzosen haben daher kein *dingliches* Recht. Der Unterschied der jetzt besteht, ist folgender:

I. Es gibt eine actio in rem scripta

a) bei den Liegenschaften und unbeweglichen Gütern, sowie bei den Klagen darauf, wie es bis jetzt dargestellt ist.

b) Bei den beweglichen Gütern wenn sie gestohlen oder verloren gegangen sind, und auch hier bei der Nutzung und dem Faustpfand.

Namentlich ist in *beiden* Fällen auch derjenige zu einer solchen actio berechtigt, der eine obligatio ad dandam speciem hat; und zwar sowohl wegen der Sache selbst als der dargestellten Rechte daran.

II. Die einfache actio dagegen findet statt:

a) wo man statt der datio *einen Ersatz* in Anspruch nimmt. Freilich entsteht hier der berühmte Zweifel, ob nicht auch hier der Dritte belangt werden könne; aber dies

Digitized by Google

nach unsrer Meinung gewiß nur, soferne statt der Sache selbst das Interesse zu fodern ist, wie dies auch bei der römischen actio in rem der Fall war, keineswegs aber außerdem, es wäre denn der Dritte als ein fictus possessor anzusehen.

b) Bei der obligatio ad faciendum. Freilich haben die Römer das facere weiter genommen, als die Franzosen, wie man dies schon aus den speciellen Darstellungen der französischen Praxis durch Pothier sieht. Wenn nämlich die Sache selbst Gegenstand des Rechts und eine unmittelbare Ausübung daran Zweck ist, dann rechnet man die obligatio zu einem dare. Obgleich freilich das französische Wort — donner nicht dahin paßt, so sieht man doch aus dem deutschen Worte „Geben" und aus der modernen Ansicht der Dinge, daß man das Sachenrecht ausgedehnt hat.

Wollte man endlich hiernach ein Sachenrecht, oder auch ein dingliches Recht annehmen, so wäre es in dieser neueren Richtung möglich; allein alle Analogie und alles Verhältniß zum römischen Rechte müßte man unterlassen. —

Besondere Grundsätze haben bei der Schenkung statt: auch hier gilt der Vertrag gegen denjenigen, welcher das Versprechen gemacht und in der gehörigen Form erklärt hat: aber bei Liegenschaften findet eine actio in rem scripta erst mit der Transscription statt.

ad 3. Zuletzt dürfte noch eine Hinweisung auf die bisherige Behandlung des französischen Rechts durch französische und deutsche Gelehrte nöthig seyn. Unstreitig war vor der Verfertigung des Code die römische Idee sehr verbreitet, die freilich nicht zu dem Unterschiede der Liegenschaften und der beweglichen Objecte paßte. Bei den letzten gab der Vertrag ein Recht gegen den Mitpaciscenten — der Besitz ein allgemeines Recht. Wo aber der Besitz ist, bedarf es keiner Klage. Bei gestohlnen und verlornen Sachen fand auch nicht die römische vindicatio, sondern vielmehr das alte deutsche Recht des Friedensbruches in seiner Ausdehnung wie bei der römischen actio quod metus causa statt. Bei den Liegenschaften aber war die traditio angenommen, die transscriptio nicht eingeführt, und das Hypothekenwesen hatte allein eine auf Einrichtungen beruhende lediglich für

Digitized by Google

sich bestehende Stellung. Traditio und transscriptio paßt wohl nicht zusammen, weil hier eine natürliche Bekräftigung noch mit einer bürgerlichen vermischt werden würde: allein die Franzosen waren durch die von den Notaren angenommene fingirte Traditio in ihren Notariatsinstrumenten verführt, und ließen die traditio fallen, zumal es bei ihnen leicht möglich war, daß sie nur eine künstliche Vertragszuthat war. Und eben dadurch wurde das ganze römische System erschüttert. Es ist nun die große Frage; soll es bei dem bestehenden Gesetze bleiben, welches die Lehre gerade so stellt, wie wir sie gegeben haben, oder soll man eine Zurückführung auf das römische Recht und darnach die unbrauchbare römische Eintheilung in jus in rem und in personam annehmen, wovon die Meisten erfüllt sind. Oder endlich soll man an die Stelle der traditio eine neue Formvorschrift der Eintragung in ein Grundbuch machen, wie in Baden geschehen ist, wobei aber der ganze Code, namentlich Verjährung und andere Lehren durchaus nicht so stehen bleiben dürfen, wie sie stehen. Uns hat geschienen das anzunehmen, was der Geist und Sinn des Code selbst sagt, und wobei die Gesetzgeber größtentheils eine dem Tacte nach unwiedersprechliche Consequenz bewiesen haben. —

Digitized by Google

Erstes Hauptstück.

Vom Besitz im Allgemeinen.

§. 1.

Natur.

Es fehlt hier durchaus an der Bestimmung und Begrenzung des Begriffes.

Im römischen Rechte wird das Eigenthum von der auctoritas, d. h. von dem Rechte dessen hergeleitet, welcher die Sache occupirt oder durch seine Thätigkeit hervorgebracht hat. Der Besitz ist ein Eigenthum ohne solche Nachweisung, gründet sich also factisch gerade im Eigenthume selbst, d. h. in dem jure utendi und abutendi oder habendi. Im römischen Rechte hatte der Besitz schon an sich einen Schutz aber nur wegen des Unrechts des anderen Theils ohne Nachweisung der Art des Besitzes [1]), sodann auch einen Schutz wegen der Art des Besitzes als besserer Besitz und zum Zwecke der Verjährung. Auch noch andere Folgen verbanden sich zufällig mit dem Besitze. Im französischen Rechte, wo das Eigenthum durch Vertrag erworben wird, und es nur bei Liegenschaften der Nachweisung des Rechtes des Vormannes bedarf, wo aber auch der Besitz nicht geschützt wird, wenn er nicht gewissermaßen qualificirt ist — wo dagegen bei beweglichen Sachen der Besitz ohne Vertrag der Titel ist, und

1) So meint von Savigny: Andre deduciren dies anders wie z. B. so: der Störende und Entsetzende habe kein Recht; also müsse das factum aus politischen Gründen, d. h. im Geiste der römischen Interdicte geschützt werden. Anders Thibaut, Gans, Puchta.

Digitized by Google

kein besserer Titel nöthig wird, gestaltet sich die Lehre ganz anders, und bekömmt zwar keine ebenso vernünftige, aber doch begriffsmäßig aufzufassende Grundlage. In dem letzten Falle nämlich bei beweglichen Sachen bedarf es keines Schutzes, denn der Besitz gibt die Verbindlichkeit d. h. es folgt aus der rechtlichen Erwerbung ohne Rücksicht auf den auctor, soferne die Sache nicht gestohlen ist, Alles: in dem ersten Falle nämlich bei Liegenschaften ist der Besitzproceß oft schwerer, wie der Eigenthumsproceß besonders in der Anwendung auf Servituten.

Der Besitz bildet dagegen bei der Ersitzung dieselbe Grundlage, wie bei den Römern, und so kömmt es denn, daß das französische Recht den Besitz nach seiner practischen Bedeutung nur zweimal behandelt und erklärt, nämlich:

a) bei der Verjährung,

b) bei dem Proceße im Proceßgesetzbuche und zwar nur nach dem neuen Systeme der Klagen.

§. 2.

Umfang.

Der Besitz im französischen Rechte geht offenbar

1) nur dahin, wo das Eigenthum denkbar ist. Das Eigenthum setzt, seinem natürlichen und römischen Begriffe nach, immer Körper voraus, daher auch auf das Schrifteigenthum oder auf die neuere und ausgedehntere Art des Eigenthums der Besitz nicht ausgedehnt werden kann. Eigenthum aber bezieht sich immer auf das Recht der vollkommenen Benützung einer Sache, soweit nicht durch Grunddienstbarkeiten und Nutzungen etwas davon entzogen ist. [2])

2) Auf die Nutznießung eines Grundstücks, wozu jetzt auch vielleicht die Emphyteusis gehört — wohl auch auf die Nutzung (weil diese nicht ausgenommen ist) und zwar gerade so wie bei dem Eigenthume nur mit der speciellen Rechtsintention. Auch von der Wohnung gilt dasselbe.

2) Immer aber ist von Grundstücken und Liegenschaften die Rede, denn bei beweglichen Sachen ist der Besitz titre. Auch ist aus dem römischen und deutschen Rechte schon anzunehmen, daß, wo kein commercium inter singulos, sey, auch kein Besitz stattfinde, z. B. hinsichtlich eines Festungswerkes oder einer Kirche.

Digitized by Google

3) Auf die Grunddienstbarkeiten, jedoch bei den Dienstbarkeiten, die auf dem Gesetze beruhen, oder ersessen werden können, durch die bloße Nachweisung des Besitzes, bei andern Servituten durch die Angabe des Titels. Freilich ist das letzte keine römische Besitzklage aber die Franzosen haben es sich als Besitzklage gedacht. [3])

4) Ueberhaupt griff man oft in die deutsche Gewähr hinüber, und ließ auch bei einer universitas rerum z. B. einer Hinterlassenschaft den Besitz zu, [4]) weil man auch hier selbst an beweglichen Sachen die Gewähr behauptete. [5])

Auf den antichretischen Gläubiger, [6]) Pachter, Miethsmann wird der Besitz nicht ausgedehnt und zwar nicht blos, weil es an der deutschen Gewähr fehlte, sondern auch weil die römischen Commentatoren aus den Gründen des römischen Rechtes damit nicht einverstanden waren.

Der Besitz ist nach unsrer Meinung zuerst aus dem deutschen Rechte der Gewähr angenommen [7]), wornach er ein Recht wäre, und daher ein Recht an Grundstücken im engern Sinne ohne bloße Verbindlichkeit; [8]) anderntheils aber ist wieder der Begriff durch Beziehung auf das canonische und römische Recht ausgesponnen und erweitert. [9])

Die besondern Voraussetzungen werden dies erweisen; aber er ist im Ganzen nicht auf rationeller Grundlage gegeben, und daher nur positiv zu verstehen. Das römische Recht liefert auch hier das beßte tertium comparationis. —

---

3) Ganz andere Ansichten hat hier Planck in seinem Buche über Besitz, allein sie sind nicht anerkannt: eben so wenig die der neueren Franzosen.

4) Ordon. v. 1667. tit. 18. art. 1.

5) Verboten in der badischen Prozeßordnung §. 743.

6) Dieser Punkt ist sehr bestritten.

7) Freilich bestritten z. B. von Troplong.

8) Also gegen Dritte.

9) das interdictum de vi und das canonische remedium spolii gingen freilich über den Begriff des Besitzes hinaus: und daher ist es gekommen, daß man im franz. Rechte einen Paternitätsbesitz u. s. w. annimmt. (rein prozessualisch.)

Digitized by Google

§. 3.

Römisches und deutsches Recht.

Dòmat [10]) vertheidigte einst ganz das System des römischen Rechts. Namentlich bemerkte er, daß, wer eine Sache habe, ohne Eigenthümer zu seyn, nicht als Besitzer gelten könne, er machte hierauf die gewöhnliche Ausdehnung auf Rechte, ging sodann über auf die Stellvertreter und so ist es gekommen, daß diese römische Idee in den Code übertragen wurde, während man sonst so manches aus dem germanischen Rechte nahm. [11]) Also ist hier eine in den Rechtsmitteln stattfindende Verbindung des deutschen und römischen Rechts vorhanden, in der Verjährung aber tritt das römische Recht ganz hervor.

§. 4.

Resultat.

Das Resultat dieser Ausführung, wie auch die neuesten französischen Schriftsteller [12]) bezeugen, ist folgendes:

I. hinsichtlich der Klagen. Es gibt ein Recht des Besitzes, oder der französische Besitz ist immer ein Recht. Die factische Natur des Besitzes nach römischem Rechte kömmt gar nicht in Betracht; wer unter den Franzosen in einer Besitzklage vom Besitz spricht, meint immer nur den Besitz, der sich entweder auf einen Titel stützt, oder bei Liegenschaften und gewissen Rechten daran Ein Jahr alt ist. Wer eine Besitzklage anstellt, muß diesen Besitz entweder auf das Geständniß des Beklagten stellen oder beweisen; darauf allein geht das Wort klagbarer Besitz im französischen Rechte — dies ist die notio technica. Wer sonst von einer Detention sprechen würde, der hätte nach dem französischen Rechte keinen Klageschutz.

II. Hinsichtlich der Verjährung. Hier stimmt im Allgemeinen das französische Recht mit dem römischen Rechte

10) Derselbe schrieb überall am meisten nach der Grundlage des geschriebenen Rechts.

11) In der That prädominirt im Code mehr die römische als germanische Idee vom Besitze.

12) Toullier lib. II. tit. II. sect. V.

Digitized by Google

überein, weil hier nothwendig eine beſtimmte Zeitrückſicht zu nehmen iſt.

III. Im Uebrigen hat der Beſitz auch andere Rückſichten z. B.

a) ein beſonderes Verhältniß zum Rechte ſelbſt, denn der Beſitz iſt nur ein proviſoriſches Recht, die Beſitzklage gibt nur einen proviſoriſchen Schutz, das petitorium dagegen folgt nach und hebt die Wirkung des Beſitzprozeßes auf — dieſes ganz im römiſchen Geiſte. Allein während nach dem canoniſchen Rechte der Richter, welchem das petitorium erwieſen war, oder zu dem Beweiſe verſtellt war, das possessorium konnte fallen laſſen, kann dieſes der franzöſiſche Richter nicht, er ſoll vielmehr das possessorium und petitorium nicht vermengen laſſen, und es iſt hier ein Unterſchied, der wohl ſeine Zwecke hat, aber ganz gegen den Geiſt einer billigen Conſtruction des Rechts iſt.

b) Der Beſitz ſchneidet wohl in den Exceptionen gewiſſe Folgen ab, die ſich nur auf den Rechtsſtand beziehen, und kann deßhalb eine ſchnellere Behandlung des Proceßes veranlaſſen, und eben daher wird denn der Beklagte eine beſſere Richtung ſeines Proceſſes im petitorio haben.

c) Der Beſitz erfodert wohl alles dasjenige, was zum Eigenthume ſelbſt gehört, ja man kann ſogar ſagen mehr, denn wenn z. B. Jemand wegen eines Vertrags aus eigenem Rechte das petitorium anſtellen könnte, ſoferne er ſeinen Vertrag nachweißt, ſo kann er das possessorium nur anſtellen, wenn er zugleich mit ſeinem Vorgänger den Beſitz des Jahres darthut. Daraus folgt denn auch, daß, wenn er den Beſitz ein Jahr lang ſelbſt hat, der Beweis des Beſitzes ohne weiteres ſich ergiebt, dagegen, wenn er ſich auf ſeinen Vormann berufen müßte, vielleicht eine mutatio libelli da wäre, wenn er davon in der Klage nicht Erwähnung gethan hat, obgleich auch dieſes ſehr ſtreitig iſt.

d) Der Beſitz im franzöſiſchen Rechte iſt ähnlich dem Zuſtande welcher der actio publiciana zu Grunde liegt [13]), und die römiſche publiciana kann daher neben dem franzöſiſchen Beſitze nicht ſtattfinden, und ebendaher folgt aus dem franzöſiſchen Beſitze an ſich mehr als aus dem römiſchen.

13) Sieh jedoch den Zweitnächſten §. am Ende.

Digitized by Google

e) Ueberhaupt aber laſſen ſich über den franzöſiſchen Beſitz allgemeine Regeln nicht wohl geben, ſo wenig

α) in der Wirkung, weil man beſonders auf die Natur der Rechte Rückſicht nehmen muß, wie

β) in Beziehung auf den Erwerb und den Verluſt: eine Lehre, die auch bei den franzöſiſchen Schriftſtellern nicht gehörig verarbeitet iſt.

§. 5.

Vom Beſitze insbeſondere a) an Liegenſchaften ſelbſt, b) an Rechten, die als Liegenſchaften erſcheinen.

ad a. Hier bedarf es keines Titels, nach franzöſiſchem Rechte keiner Transſcription, auch nicht nach badiſchem Recht in die Grundbücher, ſondern nur des Beziehens auf's Jahr. Es iſt dies die deutſche Verjährung. Allein nur ſo hat der Begriff „Beſitz" juriſtiſche Bedeutung, und darauf muß der Beweis gerichtet werden. Geſetzt, der Richter hätte den Beweis des Beſitzes aufgelegt, und der Kläger bewieſe nur den Beſitz eines Moments, ſo wäre der Proceß verloren. Nicht aber, als wenn in der Klage man ſich gleich zum Beweiſe des Jahres ausdrücklich erbieten müßte, vielmehr verſteht ſich dies von ſelbſt, denn ſonſt hätte die Klage keine Bedeutung. Daß alſo hier das Jahr bei der Beſitzklage vorausgeſetzt wird, dies iſt mit der Behauptung der Störung oder Entſetzung, was ebenfalls im letzten Jahre geſchehen ſeyn muß, die Hauptſache. Auch die beſondere Art der Störung und Entſetzung muß angeführt, und nach dem Rechte des Code de procedure iſt kein Unterſchied zwiſchen beiden d. h. der Störung oder Entſetzung weder in den Formen noch in der Sache, ſoweit nicht das petitum ſpeciell daraus abgeleitet werden ſollte. Im Uebrigen muß man dennoch den Beſitz an ſich und der Klage wegen wohl von dem Verjährungsbeſitz unterſcheiden, denn der letztre iſt römiſch, und hier muß man ſich ſpeciell auf die Zahl der Jahre berufen. Bei dem ihm entgegengeſetzten Beſitz als Grundlage eines proceſſualiſchen Schutzmittels dagegen iſt dies gar nicht nöthig: denn der franzöſiſche Beſitz als Beſitz von einem Jahre verſteht ſich von ſelbſt. Ein andrer Beſitz hat im

französischen Rechte gar keine Bedeutung. Gäbe es keinen besondern Verjährungsbesitz, wäre der einjährige Besitz das Recht selbst; dann wäre die Sache anders, aber der Gegensatz zur Verjährung bringt die Lehre in den Standpunkt des römischen Rechts, und der französische Besitzproceß läßt nur in dem Beweise aber nicht weiter, also nicht in der Klage und dem petitum auf die Richtung des Jahres Bedacht nehmen. Darüber sind auch alle französischen Schriftsteller mit uns übereinstimmend und nur eine falsche Wortinterpretation geht weiter.[14]) Am meisten aber entspricht dieser Richtung das abgekürzte Verfahren des badischen Processes. Wenn sich der status causae aus der Verhandlung des ersten Termines herausstellt, so liegt die Sache klar vor, und es ist keine sogenannte Klageänderung da.

ad b. Bei den Rechten kömmt Alles auf den Gegenstand der Rechte an. Die Franzosen rechnen dazu

α) die Nutznießung — Nutzung und Wohnung.[15]) Ueber die Emphyteusis ist man sehr im Unklaren, der Code bestimmt Nichts darüber, und jedenfalls kann nach unsrer Meinung der Besitz sich hier nur auf dem Titel gründen, weil zugleich auf die Erblichkeit des Rechts geschlossen werden soll.[16]) Die superficies ist eine Art von Eigenthum und es finden hier die angegebenen Rechtsgrundsätze statt. Bei den eben angeführten drei Rechten kömmt es nicht sowohl auf die Besitzhandlungen an, die zur Grundlage des Besitzes genommen werden müssen als vielmehr auch auf den Titel, wovon weiter unten die Rede sein wird. In Frankreich gibt es keinen Unterschied des dominii directi et utilis, anders im badischen Rechte, wo ja auch das Lehenrecht noch besteht, und also auch ein Lehenbesitz als Eigenthumsbesitz noch denkbar ist. Die Grundrenten sind auch bei

14) Art. 23. des Code de proced. Auf die Formulare (sieh z. B. bei Delaporte unter Possessoire) kömmt gar nichts an; es wäre dieses nichts andres als der alte Formularproceß der Römer der auf keine Weise in unsre Bildung und in das Verhältniß der Billigkeit paßt, wenn nur die Sache selbst dargethan ist.

15) Ob hier ein Besitzschutz stattfinde, ist freilich streitig. Davon weiter unten.

16) Toullier lib. II. ch. II. sect. V.

Digitized by Google

den Franzosen schon Obligationen, (sieh jedoch die Ausführung von Henrion de Pansey im Anhang), nur in Baden könnte man vielleicht nach dem alten deutschen Systeme der Gewähr hier von einem Besitze sprechen.

β) Die Servituten unterscheiden sich nach drei Richtungen, sie bestehen nämlich:

αα) in non faciendo,

ββ) in einer affirmativen Vorrichtung,

γγ) in besondern Besitzhandlungen.

Im ersten Falle sowohl wie im zweiten ist natürlich besondere Besitzhandlungen anzuführen, nicht nöthig, weil sie nicht möglich sind, und es ist sehr gefehlt, wenn in der badischen Prozeßordnung besondre Besitzhandlungen im Allgemeinen verlangt und nach der Buchstabenjurisprudenz von vielen Gerichten, auch dem badischen Oberhofgerichte sogar, prätendirt wurden. Im dritten Falle, wie z. B. bei Weiderechten, Wegrechten müssen solche Handlungen vorhanden, und wie auch der badische Prozeß — aber natürlich nur für diesen Fall sagt — von Zeit zu Zeit im letzten Jahre bewiesen seyn. Bei einer affirmativen Servitut der zweiten Art aber ist es hinreichend auf die Vorrichtung zu verweisen und zu behaupten, daß diese seit wenigstens Einem Jahre, vorhanden sey. — Was sollten hier die Besitzhandlungen? Besteht die Vorrichtung nicht z. B. bei einer Wasserleitung der Leitungscanal, so sind keine Handlungen möglich, und besteht der Kanal, so sind keine andern Handlungen nöthig. Es folgt dies auch schon nicht blos aus dem römischen Rechte, sondern aus der Natur der Sache selbst.

Wer übrigens von einer affirmativen Servitut dieser Art spricht, braucht nur das Bestehen z. B. des Wasserleitungscanals in einer gewissen Zeit, die aber mindestens ein Jahr seyn muß, zu behaupten; denn das Mindeste ist hier ein Jahr, aber natürlich kann das Bestehen des Canals auch viel länger seyn, und der Besitz ist vollkommen gesichert.

§. 6.

Von den übrigen Erfordernissen einer Besitzschutzklage.

Vor Allem ist zu bemerken, daß man bei den Besitzklagen unterscheidet

a) die capacité, d. h. daß jemand des Besitzes fähig ist. Bei den benefices oder Servituten gehört hieher auch dasjenige, was die Deutschen die Legitimation nennen, d. h. wer auf den Besitz bei einer Servitut klaget, muß sich auch darüber ausweisen, daß er Herr des herrschenden Grundstücks sey.

b) den titre oder den einjährigen Besitz. Beides braucht man nicht darzuthun, wenn nur im titre zugleich die Ausübung behauptet ist, wo dann die Zeit von der Zeit des titre an, genügt, z. B. wer bei der Besitzklage aus einer Servitut von der Ausübung des Rechts nach einem titre spricht, der älter ist als von einem Jahre, hat eo ipso den einjährigen Besitz behauptet.

Die Anführung des titre war schon befohlen durch die ordon. vom Jahre 1453. art. 75. von 1493. art. 58. von 1535. chap. 9. zuletzt aber von 1667. tit. 15. art. 2. 6. (sieh auch tit. 18. art. 1.) Im Code selbst hat man die offenen Servituten, d. h. wo an beiden Grundstücken oder doch am dienenden Grundstücke eine Vorrichtung ist, von den andern unterschieden. [17]) Bei jenen genügt die Vorrichtung, aber man kann sich zugleich auch auf den Titel berufen, und dieser dient zur Nachweisung des Besitzes.

c) Die Störung oder Entsetzung im letzten Jahre.

Allgemeine Besitzklagformulae lassen sich hiernach gar nicht bilden, denn es müßten alle einzelnen Rechte unterschieden werden, sowie auch nicht unmittelbar in die Klage gezogen werden muß, was zu den übrigen Handlungen im Prozesse gehört. [18])

Auch im Art. 23. des französischen Proceßgesetzbuches ist nur davon die Rede, was der Kläger dem Beklagten gegenüber zu seinem Anspruche macht und was zur Unterlage des Erkenntnisses dient.

Wenn die Besitzstörung oder Besitzentsetzung nur dann in Anschlag kömmt, sofern von der Zeit der Handlung an noch

17) Meine Zeitschrift III. S. 357.

18) Besonders im Großherzogthum Baden ist die ganze erste Verhandlung der mündlichen Vernehmung ein Act gerade so wie die alte römische litis contestatio, und nicht der Antrag, sondern das Resultat der ganzen Verhandlung muß den Anhaltpunkt bilden.

Digitized by Google

kein Jahr herumgelaufen ist, so ist dies ein offenbares Mißverständniß des römischen Rechtes, welches bei dem interdicto, soferne es nicht auf eine Entschädigung als vielmehr auf die Realrestitution geht, den annus utilis zur Grundlage nahm. Domat §. XVI. bezeugt dieses ausdrücklich und es läßt sich darüber nicht streiten, obgleich der Gedanke ganz unjuristisch ist, weil dadurch die Entschädigungsklage die über das Jahr hinaus geht, abgeschnitten wird. Die Franzosen haben auch in dieser Beziehung den Besitzeffect vermindert.

Daß übrigens das possessorium und petitorium mit einander nicht verbunden werden, folgt schon aus der ordonnance v. 1667. tit. 18. art. 4. 5. [19]) und hat die gute Absicht

a) zu verhüten, daß keine Vermischung des Besitzes und Rechtes stattfinde, obgleich in der That der französische Besitz auch ein Recht und kein factum ist, [20])

b) den Partheien einen doppelten hintereinander folgenden Gang ihres Processes zu gestatten, eine nicht üble Folge, weil leicht in dem andern Processe da geholfen werden kann, wo in dem vorhergegangenen etwas versäumt ist.

Allein ganz übersehen ist

1) daß, wo das petitorium vorliegt, doch der Besitzkläger abgewiesen werden kann,

2) daß in der That die possessio oft auch mehr fodert als die petitio — eine Richtung, die ganz gegen Sinn und Geist der Erfindung der Besitzlehre und ihrer Präparation zur Lehre von dem Eigenthume ist: am meisten aber gegen die Tendenz der prätorischen Aequitätsbildung anstößt. — Ja selbst gegen den Standpunkt der actio publiciana stößt dieses an, z. B. wenn jetzt der Vertrag, d. h. die blos privatrechtliche Verhandlung ein Recht überträgt, zum Besitze aber die Nachweisung der Ausübung von einem Jahre verlangt wird, so ist die Besitzverfolgung schwerer als die Rechtsverfolgung, soferne nicht der Titel und die Ausübung des Rechts in kürzerer Zeit genügt, und die Nachsuchung im Besitze ohne Angabe des Jahres wäre unmöglich, die Nach-

19) Domat §. XVII. wo die Stelle abgedruckt ist.

20) Anders nach römischem Recht.

Digitized by Google

suchung im Rechte möglich. Ebendeßhalb ist an sich der Besitz im französischen Rechte viel weniger bedeutend, wie im römischen, und hat nur den Zweck, daß man in gewissen Verhältnissen durch einen leichteren Prozeßgang zur Ausübung des Rechtes gelange. —

§. 7.

Von dem Unterschiede des Besitzes nach seinen beiden Wirkungen in den Besitzschutzklagen und in der Verjährung.

I. Im Allgemeinen.

Es ist sehr zweifelhaft, ob ein allgemeiner Begriff des Besitzes für beide Verhältnisse gegeben sey, denn von den Besitzschutzklagen kömmt im Code civil nichts vor: allein man muß es doch annehmen, schon weil die Natur des Systems es fodert, und es muß daher auch so angesehen werden, daß man im Ganzen einen allgemeinen Begriff gibt, in einzelnen Punkten aber nach der Intention des Gesetzes davon abweicht.[21])

A. Besitz im Allgemeinen ist wohl insoferne ein theoretischer Gedanke, wie im römischen Rechte, aber practisch nicht zu gebrauchen, wie im römischen Rechte, denn

a) bei den possessorischen Klagen ist der Besitz technisch die einjährige Innhabung der Liegenschaft oder eines gewissen Rechts daran. Wenn auch sonst noch im Code vom Besitze die Rede ist, so bedeutet dieses nur die Ausübung eines Rechtes, wie z. B. im Art. 196. bei dem Besitze des Ehestandes, bei dem Besitze der ehelichen Kindschaft.[22]) Dafür gibt es keine Rechtsmittel und es ist dies

---

21) Der Art. 2228 hat eine allgemeine Definition, die jedoch uns nach lit A. nur theoretisch erscheint, jedenfalls aber nicht so genommen werden darf, als ließe sich der Besitz als Grundlage der Klagen darunter subsumiren.

22) Art. 320. Jetzt wird die Sache im französischen Rechte nicht einmal mehr prozessualisch genommen, wie oben angezeigt ist, sondern hier ist der Besitz in der That ein untechnisches Wort welches nur noch aus dem alten Rechts- und Sprachgebrauche übrig ist, aber durchaus keine technische und practische Bedeutung mehr hat.

Digitized by Google

eine untechnische die Ausübung von dem Rechte selbst dazu vorläufig unterscheidende Bedeutung. Es wird hier lediglich präsumirt, und der Gedanke ist nichts weiter, als die Präsumtion im Gegensatze der definitiven Nachweisung, und die Lehre gehört daher gar nicht in den Besitz. Auch wenn der Besitz als die Grundlage des Eigenthums erkannt wird, so ist dies nur eine allgemeinere Ansicht vom Eigenthume, welche in gewissen Fällen wie z. B. im publicianischen Rechte der Römer die Früchte gewährt [23]), aber keineswegs die juristische Natur des Besitzes bestimmt.

Mehr aber noch ist die Lehre vom Besitz bei der Besitzschutzklage deßhalb streitig, weil besondere Rücksichten auf Subject und Object hier stattfinden. Sicher nämlich ist, daß die Franzosen eine capacité verlangen, die hier nothwendig nur das allgemeine Recht zum Prozeßführen bedeutet, so daß, wer wegen des Eigenthums nicht Proceß führen kann, es auch wegen des Besitzes nicht kann, sieh Art. 538. 540. 714. — freilich sind gerade hier Einige andrer Meinung, und wollen hier den Besitzschutz zulassen, wenn auch die Verjährung nicht eintrete. Aber es ist nur soviel wahr, daß, wo ein Zweifel seyn kann, ob der Gegenstand auch in commercio singulorum sey, die Besitzklage wird zugelassen werden müssen, weil die Verhandlung aller Rechtszuständigkeiten in den petitorischen Prozeß gehört. In objectiver Hinsicht gehören auch die beweglichen Sachen nicht hieher, weil nur bei gestohlnen und verlornen ein Anspruch überhaupt stattfindet, und hier andere Rechtsmittel gegeben sind, obgleich einige behaupten, daß da, wo Eigenthum denkbar sey, auch ein Besitz gedacht werden müsse. Natürlich sollte man nicht annehmen, daß in solchen controversen Punkten der Richter die Besitzklage abweisen könne, vielmehr er dieselbe aus natürlichen Gründen petitorisch auffassen müsse. [24]) Noch größer ist der Zweifel, ob die Nutznießung, Nutzung u. Wohnung hieher gehöre. Ein Nutznießer u. s. w. soll nicht

23) Art. 549.

24) Auch hier hat die badische Gerichtsordnung, die den Besitz auch an solchen beweglichen Sachen zu verbieten scheint, eine große Lücke.

verjähren können, weil er die Sache vergünstigungsweise besitzt [25]: aber dies ändert doch nichts an dem Schutze seines Rechts, und daher ist er in dieser Beziehung keineswegs mit dem Pächter und Depositar zusammenzustellen; allein Folgendes steht solchen Personen entgegen, daß sie ihren Besitz sowohl an der Sache, wie am Rechte nur vergünstigungsweise haben, und sie daher den Besitz nicht, wie auf einen das Eigenthum gebenden oder sichernden Titel verfolgen können, wobei es denn freilich sehr bedenklich ist, eine vorläufige und definitive Verhandlung der Sache zu unterscheiden. Die Frage, ob bei dem Faustpfande eine Besitzschutzklage stattfinde, ist zu verneinen, weil wir dieselbe bei beweglichen Sachen abgeschlagen haben. Allein auch bei einem antichretischen Vertrag hat der Besitzer die Interdicte nicht, freilich nicht wegen einer klaren Bestimmung, daher doch viele das Gegentheil durch die Ausdehnung auf die Natur der Liegenschaften annehmen wollen, allein, daß man den französischen Besitz in das Reich der Obligationen nicht übertrug, folgt zwar nicht daraus, weil im Ganzen im französischen Rechte Alles eine Obligation ist, aber doch daraus das der Vertrag an sich keine Rechte und keinen Besitz gegen Dritte erzeugt. Gewiß haben den Besitz der Ehemann als Verwalter der Güter seiner Frau, [26]) und diejenigen, die in den Besitz der Güter der Abwesenden gesetzt sind. [27])

b) Bei dem Besitze zum Zwecke der Verjährung ist vorerst anzunehmen, daß nur das Recht zur Sache selbst in Betracht kömmt, d. h. auf das jus utendi fruendi et disponendi über die Sache gesehen wird, alle andern Verhältnisse des Besitzes gehören nicht hieher, daher denn auch die capacité strenge auf die Eigenthumsfähigkeit, und die Begründung des Rechts auf einen besondern Titel zu stellen ist.

Das Resultat aus dieser Ausführung ist, der Besitz im französischen Rechte hat eigentlich nur drei besondre Richtungen, nämlich:

25) Art. 2236.
26) Art. 1428. 1540.
27) Ob eine Besitzübertragung mit dem Besitzschutze an den precario rogatus stattfinde, ist sehr streitig.

Digitized by Google

a) der Schutzklagen wegen,
b) der Verjährung wegen,
c) des Genuſſes der Früchte wegen ex bona fide,

ebendaher aber gibt es keinen allgemeinen Begriff des Beſitzes, ſondern es ſind nur die angegebenen drei ſpeciellen Bedeutungen practiſch zu behandeln.

§. 8.[28])

B. Erwerb und Verluſt des Beſitzes im Allgemeinen.

Eine allgemeine Darſtellung dieſer Lehre hat ebendeßhalb keinen Zweck, ſondern es muß ſchlechthin erforſcht werden wie der Beſitz in der obenangegebenen dreifachen Richtung erworben, fortgeſetzt, und verloren wird.

Vor Allem iſt jedoch zu bemerken, daß die Franzoſen in einem Punkte ſehr auf den Verjährungsbeſitz als allgemeines Criterium aufmerkſam machten, nämlich bei den Dienſtbarkeiten, was eigentlich zurückführt in den titulirten Beſitz des canoniſchen Rechts. Bei den nicht offenen Dienſtbarkeiten nämlich nehmen ſie nur, ſoweit ſie verjährbar ſind, d. h. ſoweit ein Titel da iſt, den Beſitz an; allein ſtreng genommen bedarf es keiner Verjährung, wo ein Titel da iſt. Deßhalb hat auch Plank die ganze Lehre vom Beſitz bei dieſen Servituten verworfen.[29]) Allerdings läßt ſich zwar an der Rechtsbeſtändigkeit des einzelnen Titels zweifeln: und dahin kann die Unterſuchung bei dem Beſitzproceſſe nicht gehen: dagegen fehlt es in Beziehung auf den Titel gerade oft an dem unzweideutigen und öffentlichen Beſitz, der durch den Titel nicht bewirkt wird. Immerhin aber ſoll der von einem non dominus kommende Titel nicht zur Verjährung führen[30]): und ebendeßhalb behaupten Viele: er könne auch

28) Sieh zurück auf den vorigen §.
29) S. 145. beſonders aber S. 146. ff.
30) Freilich iſt auch dies wieder ein mißverſtandener Satz, denn der non dominus eines Grundſtücks kann wohl keinen Titel geben, aber für den Herrn des herrſchenden Guts iſt es im römiſchem Recht ein ſolcher. Mit richtigem Grund wollen daher die Römer bei der Verjährung der Servituten gar keinen Titel, weil dieſer nichts nützt, ſondern nur das einſeitige factum des Herrn des herrſchenden Grundſtücks, daß er nicht vi, nicht clam und nicht precario gehandelt habe.

Digitized by Google

nicht zu dem Besitze führen: allein angenommen, nur der Titel, der von dem dominus kömmt, gäbe den Besitz, so ist auch hier im französischen Rechte der Besitz besser als das Recht, einmal weil der summarische Prozeßgang zum Ziele führt, und viele Exceptionen des Rechtsstandes wegfallen. Dennoch ist bei dem Besitze auch der Titel von einem non dominus vom Werthe. Im Ganzen zeigt sich nämlich zweierlei:

1) daß man hier in possessorio erlangt, was der Gegner durch einen andern petitorischen Proceß sich wohl erst revociren kann, oder weshalb andre Ansprüche vielleicht ihm begründet sind,

2) daß auch hier wieder der zum Schutze führende Besitz etwas andres ist als der zur Verjährung führende Besitz.

Bei den Servituten ist daher ganz besonders der Besitz in Hinsicht des Schutzes und der Verjährung zu unterscheiden: wie bald durch genauere Unterscheidung vorgetragen werden soll.

§. 9.

Erwerb, Fortsetzung und Verlust des Besitzes bei Liegenschaften selbst.

I. Bei den Besitzschutzklagen. Der Kläger hat hier eine Art von Recht darzuthun, und zwar in einem summarischen Prozesse, wobei der Prozeß nicht eigentlich Erleichterungen, sondern Erschwerungen veranlaßt. Da jedoch Beweise wenigstens im badischen Prozesse noch später, d. i. in der Appellationsinstanz nachgetragen werden können, so verschwindet zum Theile diese Erschwerung, die im gemeinen deutschen Rechte niemals statthat.

a) Einen Titel braucht der Kläger nicht anzuführen, aber

b) den einjährigen Besitz. Es versteht sich jedoch, daß ein mehrjähriger Besitz dasselbe thut, und daß es gleichgültig ist, ob man den einjährigen oder mehrjährigen Besitz anführt. Ob

c) der Besitzer gestört oder entsetzt ist, ist nach dem neueren französischen Prozesse gleichviel, aber

d) Störung und Entsetzung muß im letzten Jahre vorgekommen seyn.

Digitized by Google

Daraus folgt, daß der Besitz nur erworben ist, wenn der Besitzer und sein Rechtsvorfahrer denselben ein Jahr hatte, und ihn noch nicht ein Jahr verloren hat. Die Fortsetzung des Besitzes ist daher da, wenn der Besitzer ihn Ein Jahr hatte, und ihn entweder noch wirklich hat, oder ihn noch kein Jahr verloren hat. Der Verlust des Besitzes ist da, wenn der Besitzer über Ein Jahr ihn verloren hat. Diese Lehre stimmt daher nicht im Geringsten mit dem römischen Rechte überein; und merkwürdig ist, daß, wenn Jemand eine Störung sich hat gefallen lassen, und das Jahr vorüber ist, der Besitz so besteht, wie ihn die Störung veranlaßt hat. Also ist möglich, daß dadurch nicht der ganze Besitz, sondern nur der Besitz in einer gewissen Qualification verloren ist, was besonders bei den Servituten seine eigene Richtung hat, wovon weiter unten. Im Einzelnen ist noch folgendes zu bemerken:

1) der Besitz, weil er ein Recht ist, wird ipso jure erworben, nämlich bei denjenigen, die die Gewähr des Verstorbenen kraft Gesetzes auf sich nehmen; (der natürliche und instituirte Erbe). Diese können auf dem Rechte ihres Vorfahren den Besitzschutz erlangen;

2) schon ist vorgekommen, daß eine accessio possessionis hier statthat, d. h. derjenige, der den Besitz geschützt haben will, kann seinen Besitz mit dem des Vormanns zusammenrechnen,

3) die infantes und infantia majores können im Besitze geschützt werden, weil es sich hier von einem Rechte handelt, und diese durch ihre Vormünder in den Besitz kommen können,

4) man kann die Besitzeinräumung selbst und das Jahr wohl unterscheiden, und die erste ist wohl an sich, wie im römischen Rechte, die wirkliche Besitzverschaffung; allein es fragt sich, ob nicht auch die Bestimmung des Art. 1605. in Anwendung komme, wo bei Gebäuden die Schlüssel und bei andern Grundstücken die Auslieferung der Rechtsurkunden für gültig angesehen wird. Wenn nun freilich nach Art. 1606. von der Ueberlieferung der Fahrnißstücke nicht die Rede seyn kann, weil die Lehre von den Besitzschutzklagen hieher nicht angewendet werden kann, so ist doch nicht

einzusehen, warum bei Grundstücken der Art. 1605. nicht anzuwenden sey, denn wenn dies auch nur eine delivrance relativement à la vente ist, so ist es doch die Vollziehung eines Geschäfts und hier im französischen Rechte, wo es sich überall weniger von dem factischen Besitze als vom Rechte handelt, ist diese Ausdehnung gewiß zulässig. [31]) Ueberhaupt kann man annehmen, daß sowohl die wirkliche factische Detention der Römer, als dasjenige, was im Code ihr gleichgilt, Anwendung habe. Namentlich also auch das constitutum possessorium und die traditio brevi manu. [32])

Im Ganzen ist also für uns nicht zu läugnen, daß der Besitz im französischen Rechte keineswegs facti sey, sondern vielfach auch juris, daß er wohl, wo er nicht facti ist, präsumtionsweise auch nicht als res juris da seyn wird, dennoch aber es auf die singulären Fälle desselben, d. h. wo eine possessio ausdrücklich angenommen ist, ankommen wird.

Es leidet keinen Zweifel, daß der Besitz auch durch Mittelspersonen erworben werde, zumal es sich ja gerade hier vom Rechte handelt, und daß diese da, wo es blos auf factische Erwerbung ankömmt, nicht rechtsfähig zu seyn brauchen, d. h. daß auch ein impubes ohne Vormund uns erwerben wird; nicht aber da, wo besondere Rechtssätze zu beobachten sind, wie z. B. bei der Uebergabe einer Rechtsurkunde.

Ebendadurch karakterisirt sich denn auch die Lehre von dem Verluste des Besitzes. An und für sich wird der Besitz allerdings durch den bloßen animus aufgegeben, und ein Vertrag ist nicht nöthig: [33]) aber ein Kind oder ein impubes kann ihn durch den bloßen animus nicht aufgeben.

31) A. M. Planck S. 30. ff.

32) S. auch Art. 1919.

33) A. M. Brauer I. S. 126. Allein wenn auch Niemand in dem Besitze ist, und jetzt vor der Klage, aber nach einem Jahre Jemand in den Besitz kömmt, findet die Besitzschutzklage nicht statt. Keinesfalls aber darf man den animus als aufgegeben ansehen, wenn Jemand eine Wohnung nicht benützt hat, soferne jeder durch Verschließung oder auf andre Weise von der Benützung der Wohnung ausgeschlossen war. Selbst dann ist der animus nicht aufzugeben, wenn die Zimmer ganz geräumt sind, aber der bisherige Besitzer noch die Schlüssel hat.

Digitized by Google

Wenn Jemand den Beſitzer dejicirt hat, ſo iſt an ſich der dejectus aus dem Beſitze gekommen, und dieſen natürlichen Satz konnte man auch in Frankreich nicht bezweifeln: ja er hat in der That als Unterbrechung des Verjährungsbeſitzes ſeine Anwendung. Aber eben daraus folgt, daß man in der franzöſiſchen Doctrin niemals den Beſitz als eine generelle Erſcheinung anſehen muß, ſondern im beßten Falle eine theoretiſche Bemerkung des Begriffes machen kann, der jedoch in practiſcher Hinſicht durchaus wieder aufgegeben iſt. Gerade darin beſteht das Grundprincip für die Erklärung des franzöſiſchen Beſitzes, daß er nicht wie im römiſchen Rechte als eine allgemeine Idee theoretiſch und practiſch hervorgebildet iſt, ſondern immer als beſondere Erſcheinung und zwar:

a) bei der Beſitzſchutzklage in der Verbindung des römiſchen und deutſchen Rechts,

b) bei der Verjährung nach römiſchem Recht, und

c) bei der Erwerbung der Früchte nach einem neuen Gedanken — ohne allen Rückgang auf ein Princip[34]) ausgebildet iſt.

Ebendeßhalb haben die Franzoſen z. B. Bigot[35]) ſehr Unrecht, wenn ſie die Dejection als einen allgemeinen Verluſtgrund anſehen, vielmehr iſt ſie dies nicht ad a: weil der Dejicient noch nicht ein volles Jahr beſeſſen hat: hätte er aber ein volles Jahr beſeſſen, ſo wird der Dejicient dadurch Beſitzer, ſo daß der andere die Beſitzſchutzklage nicht mehr anſtellen kann.[36]) Hier könnte man denn freilich fragen, ob nicht die letzte Zeit erſt von dem Augenblicke an zu rechnen ſey, wo der Dejectus die Dejection erfuhr, wenn jener etwa mit einem Stellvertreter verſehen war, und es ließe ſich hier Vieles aus natürlicher Billigkeit und ſchon deßhalb ſagen, weil es ſich hier nicht

34) Im römiſchen Rechte iſt wohl auch nur ein Billigkeitsprincip, und nicht wie v. Savigny meint, ein Rechtsprincip, aber mit gutem und treffendem Grunde aufgeſtellt.

35) Exposé des motifs vol. VI. p. 302.

36) Aber verliert der dejectus den Beſitz, ſo kann auch er die Beſitzſchutzklage nicht anſtellen. S. jedoch die Controverſe bei Zachariä §. 188.

vom factum, sondern vom Rechte handelt: allein der gekünstelte französische Begriff, wonach der Dejicient, welcher ein Jahr besitzt, dennoch könnte mit der Besitzklage verfolgt werden, wenn der Dejectus zeigt, daß er eben erst davon Kenntniß erhalten habe, würde natürlich noch künstlicher werden. Allein wir sind doch von der Wahrheit der ersten Ansicht überzeugt, schon weil die Römer angenommen haben, die Dejection bei einem Grundstücke datire sich erst vom Augenblicke, wo der Dejicirte dies erfahre, also selbst das römische Recht, wo Alles von dem facto abhing, nahm diesen Gedanken an, und Bigot hat gewiß Recht, wenn er sagt, der Dejicient sey nicht eher Dejicient, als bis der dejectus bei einem mittelbaren Besitze davon Nachricht erhalten habe. Ebendeßhalb müssen wir auch durchaus in civilistischen Gründen den letzten Satz im Art. 750. des badischen Prozeßgesetzbuches tadeln, der überhaupt ganz und gar keine civilistische Unterlage hat.

Das Resultat ist:

1) der Besitz ist nur verloren, wenn der Dejicient die Sache ein Jahr lang hat, und wenn außerdem noch dem Dejectus nach seinem Wissen sie ein Jahr verloren ist [37]),

2) sonst findet immerhin die Besitzschutzklage statt, weil Störung und Entsetzung auf keine Weise unterschieden werden.

Es ist hier nicht der Ort in streng dogmatischer Form die Lehre darzustellen, denn sonst würde man auch sagen müssen, daß der Besitz verloren sey, wenn man nach einem Jahre die Besitzschutzklage anstellen will.

Von selbst wird endlich klar, wie es bei dem Verluste des Besitzes durch Mittelspersonen ist. Maßt sich eine solche den Besitz an oder läßt einen Andern in den Besitz kommen, und der Besitzer hat Nachricht und läßt es ein Jahr geschehen, so sind Jene die Besitzer: derelinquirt aber die Mittelsperson den Besitz, so ist an sich weder dem Besitzer noch

37) Der Dejicient selbst aber hat keine Besitzschutzklage: es steht dieses wohl nicht im Art. 23. der Proceßordnung, es wird aber herein interpretirt, gewiß aber mit Unrecht in der Richtung zu der dreißigjährigen Ersitzung. Troplong de la prescription n. 331. ff. Zachariä I. §. 188.

Digitized by Google

der Mittelsperson etwas verloren, weil ja Niemand die Besitzschutzklage erwirbt [38]).

Es versteht sich zuletzt von selbst, daß die allgemeinen Formen des Verlustes aller Rechte und aller facta, z. B. das Untergehen der Sache selbst, hierher zu stellen sind. —

§. 10.

II. Vom Erwerb und Verlust des Besitzes, wegen der Ersitzung in Beziehung auf Liegenschaften.

Die französischen Juristen haben allerdings — nicht als Practiker, die eine allgemeine Richtung nicht suchen, sondern als Theoretiker [39]) den Zweck, eine allgemeine Bedeutung der Lehre vom Besitz zu geben, allein es ist dies eine Täuschung, welche sie sich selbst machen; sie behandeln nämlich das Generelle nur bei der Verjährung, übersehen, daß hier allerdings der römische Begriff, namentlich von der Erwerbung, Fortsetzung und dem Verluste gilt, machen aber keineswegs darauf aufmerksam, daß es bei den Besitzschutzklagen sich anders verhält, und auch der bonae fidei Besitz hinsichtlich der Früchte nur ein eigenes Institut ist, was sie in der That sogar übersehen und als Erwerbgrund des Eigenthums betrachten, weil sie mit Recht hier den bonae fidei Besitz zu einer Erwerbart machen.

Wenn nun die Ersitzung ein eigenes Institut ist, welches mit dem Besitzschutze gar nicht zusammenhängt, gibt es etwa ein publicianisches Recht, sofern die Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ist? die Frage ist die: Wenn derjenige, der einen Titel für sich hat, gegen einen Dritten klagen will, aber das Recht seines Vormannes auch nicht durch Ersitzung beweisen kann, wird er mit dem ersitzungsfähigen Zustande also gegen den gehört, der entweder keinen Titel für sich hat, oder wo das Nichtrecht seines Vormannes zu erweisen ist. Allerdings ist auch im französischen Rechte eine Lücke zwischen dem Besitzschutz und dem petitorischen Schutz des Rechts. Aber der Besitz selbst ist nicht allgemein als ein Institut aufgestellt, aus der Ersitzung ist

38) A. M. Plank S. 78.

39) Z. B. Duranton Cours XXI. 194. seq. Troplong de la prescription I. 251. seq.

nichts abzuleiten, im Code steht Nichts; die französischen Schriftsteller gehen freilich auf das römische Recht als raison ecrite ein, natürlich ohne tiefere Einsicht seines Zusammenhangs: Thibaut[40]) läugnet kurzweg das Institut, weil der Code nichts enthalte, Zachariä nimmt es an, weil der Richter einige Freiheit habe im Beweise, und der Prätor das Institut des Beweises wegen erfunden habe.[41]) Aber wir müssen durchaus mit Thibaut stimmen, aber aus ganz andern Gründen, denn

a) die Zusammenrechnung des Besitzes der Vormänner besonders da im französischen Rechte nur von Liegenschaften die Rede ist, beseitigt fast alle Fragen.

b) Da, wo solche Zusammenrechnung nicht möglich wäre, wird man sich durch die Besitzschutzklage gegen den Besitzer helfen können, der die Sache vi, clam et precario hat.

c) Das Bedürfniß ist in unserm Rechte äußerst gering, und da der Besitz keine allgemeine Lehre bildet, so kann daraus auch nichts abgeleitet werden.

d) Der französische Gesetzgeber, der zudem die Eigenthumsklage erleichtert hat, wollte dadurch nur denjenigen schützen, welcher bei der Erwerbung selbst an die Nachweisung des Eigenthums seines Vormanns durch die Ersitzung dachte, zumal man sich da so leicht helfen kann: vigilantibus jura. Also auch hier zeigt sich, daß der Besitz keine allgemeine Lehre bei den Franzosen ist, und also auch hier wieder blos nach dem Standpunkte der Ersitzung untersucht werden muß. —

Der Besitz wird hier erworben A. corpore, B. animo, gerade wie im römischen Rechte, und dazu kömmt dann die bestimmte Zeitdauer. Nur das ist merkwürdig, daß die natürliche Unterbrechung des Besitzes vom Eigenthümer oder von Dritten nur dann zureicht, wenn diese die Sache über ein Jahr lang haben, der einzige Rückfall in das System des Besitzes beim Schutze.

Allerdings kömmt im Code civil der Besitz nur bei der Ersitzung vor, die Besitzschutzklage dagegen im Code de pro-

40) In seinen Vorlesungen zum Code §. 177.
41) I. 218.

cedure, und daher haben viele geglaubt, der allgemeine Begriff im Code civil paße auch auf das Prozeßgeſetzbuch; allein wie unrichtig dieſe Anſicht ſey, geht ſchon daraus hervor, daß, da im Großherzogthume Baden der Code de procedure nicht eingeführt war, man ad Art. 544. c. eine neue Lehre vom Beſitz aufſtellte, die gar nicht mit der franzöſiſchen harmonirte. Im Uebrigen iſt auch dieſe Lehre jetzt antiquirt, weil im neuen badiſchen Prozeßgeſetzbuche jetzt eine andere vorgetragen iſt, ohne daß dem älteren Geſetze irgend eine aufhebende Richtung gegeben iſt — eine ebenfalls zu tadelnde Anſicht — da jetzt nur der Gedanke gelten muß, durch das neue Geſetz werde das ältere aufgehoben. Gerade daraus aber ſieht man, daß der Beſitz bei der Erſitzung ein anderer iſt als der Beſitz bei der Klage. Indeſſen ſind beide Bedeutungen techniſch, und es verſteht ſich, daß Jeder, der ſich darauf beruft, den techniſchen Sinn verſteht, ohne dieſes noch, wie Viele meinen, beſonders ausdrücken zu müſſen.

Wenn übrigens der Art. 2229. einen fortwährenden, ununterbrochenen, öffentlichen, ruhigen, unzweideutigen und aus Eigenthums-Titeln fließenden Beſitz verlangt, ſo iſt dieſes nichts Neues, denn das „öffentlich“ bedeutet auch nur das „nicht verſteckte“ oder daß Jemand die Sache neque vi [42]) neque clam, neque precario habe.

Zur Erwerbung des Beſitzes zum Zwecke der Erſitzung gehört endlich noch justus titulus und bona fides. Nur wenn an einer geſtohlenen oder verlorengegangenen Sache die Erſitzung in 3 Jahren ſtattfinden ſoll, wird auf justus titulus und bona fides nicht geſehen. [43])

Die civilrechtliche Unterbrechung des Beſitzes, ſowie der Stillſtand der Erſitzung gehören nicht hieher.

§. 11.

III. Erwerb und Verluſt des Beſitzes zum Zwecke der Erwerbung der Früchte.

Hier iſt kein Zweifel, daß die Acceſſion der Früchte (wenn man das Wort Acceſſion hier gebrauchen will und

42) Sieh auch Art. 2233.
43) Art. 2279.

Digitized by Google

dergl.) lediglich auf der bona fides beruhe. Zwar spricht der Art. 550. auch vom Titel, aber offenbar nur, um in Beziehung darauf die Mängel anzuzeigen, so daß hier der Titel nur als Beweisgrund der bona fides und nicht weiter gilt, zumal die ganze Lehre auf römischer Grundlage und nach römischen Ansichten entwickelt ist. Zwischen error facti und juris ist übrigens kein Unterschied. [44])

Aber es ist hier eine große Verschiedenheit zu der bona fides bei der Ersitzung. Hier genügt es, daß der Erwerber im Augenblicke der Erwerbung im guten Glauben war, wobei wohl auch der Titel wesentlich zu beurtheilen ist; folglich die auch im späteren nicht guten Glauben erworbenen Früchte brauchen hier nicht herausgegeben zu werden, wenn die Sache ersessen ist; dagegen bei der nicht ersessenen Hauptsache hört der Früchtegenuß von dem Augenblicke an auf, wo der Betheiligte in den Zweifel seines redlichen Besitzes kömmt.

Man sieht also aus dieser Darstellung recht klar, daß nur die bona fides das Fundament und der Besitz das secundäre Moment ist. Bekannt ist ferner, daß das französische Recht die fructus extantes und consumti nicht unterscheidet, indem der bonae fidei possessor auch nicht einmal die exstantes herausgibt. Die Franzosen [45]) behaupten, der alte usus juris gallici sey auf den römischen Unterschied nicht eingegangen, woraus man am besten sieht, daß sich die Lehre nicht als eine Folge der Entwickelung der Klage, noch der arbiträren Richtung mit dem Umstande, daß der bonae fidei possessor vor der litis contestatio für jede Handlung frei ist, gebildet hat, sondern als eine Folge der blosen Billigkeit, wornach der bonae fidei possesor sogar die Früchte erwirbt, und also eine wahrhaft eigene Erwerbart der Früchte bewirkt ist. Gewiß aber ist es, daß der b. f. pos. die hängenden Früchte herausgeben muß, denn wenn auch der Code selbst darü-

44) Art. 1376. (Ausnahmen enthalten die Art. 1356 und 2052 Zachariä I. §. 28. v. Savigny Lehrbuch des römischen Rechts III. pag. 272.)

Schwieriger ist die Sache im badischen Recht Brauer VI. Nr. 19. Baurittel pag. 1136.

45) Duranton VII. 360.

ber nichts sagt, so versteht es sich doch von selbst, daß die hängenden Früchte Theile des Grundstückes sind, und nur durch Separation in die Hände eines andern kommen können. Hier ist der Besitz das primäre Moment, und die gesetzliche Bestimmung hätte etwas andres in concreto verfügen müssen.

Ueberhaupt muß man überall auf das zum Grunde liegende römische Recht, und die Abänderung der Franzosen aufmerksam seyn. Das römische Recht wollte die consumirten Früchte dem b. f. pos. nicht abnehmen, weil hieher eine persönliche Klage ging, und weil der b. f. pos. die exceptio doli machen konnte, eine ganz consequente Ansicht. Aber die Franzosen schenken gleichsam kraft Gesetzes dem b. f. pos. alle Früchte, und constituiren dadurch eine eigne Erwerbart der Früchte durch Besitz. [47])

Auch hier zeigt sich also, und dies ist das Thema unsrer ganzen Ausführung, daß die drei Folgen des Besitzes bei den Franzosen nicht auf einem gemeinsamen Begriffe ruhen, sondern Resultate ganz abweichender Ansichten sind. Wird man von dieser Interpretation ausgehen, so kann es nicht fehlen, selbst in der noch schwierigeren Lehre von dem Besitze bei Dienstbarkeiten das Resultat zu finden, während wohl die Römer consequenter sind, dagegen die neueren deutschen Schriftsteller doch auch hier in der Consequenz weiter gegangen sind, als es die Römer waren.

Im Vorübergehen ist nur zu bemerken, daß in Baden ein guter Theil des Code durch die Beisätze des Staatsraths Brauer zerstört und dasjenige erzeugt ist, was von Savigny von jeder Gesetzgebung voraussagt, daß eine Verwickelung zu einer Verwickelung entsteht, und dies tritt namentlich hier bei dem Satze 1155 a. ein, wo es so heißt:

„Bei Erstattung der nicht mehr vorhandenen Früchte ersetzt der redliche Besitzer alle wirklich verzehrten Früchte, jedoch mit Ausnahme solcher, von denen er erweisen kann, er würde solche nicht genossen, noch ihren Werth verbraucht haben, wenn er gewußt hätte, das Genußrecht

47) Auch v. Savigny will eine solche Erwerbart durch Beziehung der Verjährung constituiren, ebenso Thibaut, worauf es aber nicht ankömmt.

sey nicht sein.. Der unredliche Besitzer ersetzt alle verzehrten Früchte ohne Ausnahme und zugleich die Vernachlässigten."

Brauer[47]) erklärt freilich, daß er diesen Art. nur für den Fall gesetzt habe, wo der Art. 549. nicht in Anwendung komme, also wenn ein Resolutivfall da sey, oder eine besondere Disposition des Gesetzes: allein der Art. verdient ohne weiters ausgestrichen zu werden.

Nur kurz wollen wir noch bemerken, daß der Usufructuar, Pächter, antichretische Gläubiger die Früchte ebenfalls durch die Separation erwerben, weil hier der Titel den guten Glauben macht, und eine besondere Tradition, wie im römischen Rechte, gar nicht angenommen zu werden braucht: auch paßt nicht hieher, die Natural- und Civilfrüchte zu unterscheiden.

§. 12.

Von dem Besitze bei Servituten im Allgemeinen.

Wäre der Besitz blos auf Liegenschaften angewendet, so könnte man etwa sagen, er wäre ein präsumtives Eigenthum, sowie dies ja auch die älteren deutschen Rechtslehrer angenommen haben. Allein die Sache bedeutet doch nicht mehr als soviel: der Besitzer wird jetzt zum Beklagten im petitorischen Processe. Dies ist der Ursprung des Unterschieds zwischen Besitz und Eigenthum, und der fortbestehende Genuß der Sache bis zum Ausgange des petitorischen Prozesses das Resultat. Auch der deutsche Begriff wirkt nicht mehr, er gibt kein publicianisches Recht, er ändert nichts am alten Verhältnisse zum Eigenthume. Aber wahr bleibt es, daß der Besitz in *factischer* Richtung dasselbe ist, wie das Eigenthum in *juristischer*. Alle Betrachtungen andrer Art darüber, wie z. B. von **Troplong**, ferner von **Stabel** sind unrichtig und führen zu unrichtigen Consequenzen, so scheinbar sie dem blos logisch unterscheidenden Verstande vorgetragen seyn mögen.

Da nun der Besitz auch auf Servituten geht, so stritt man schon von jeher bei den Franzosen darüber, ob der Besitz hinsichtlich der Schutzklagen auch da anzuwenden sey,

47) III. 99. seq.

wo eine Ersitzung nicht stattfinde. Gerade diesen, einen der allerwichtigsten Punkte im französischen Rechte wird unsre Auffassung des Besitzes, wornach jede der drei Wirkungen ganz selbstständig für sich behandelt wird, am besten entscheiden.

Viele haben die erste Meinung Zachariä's vor dem §. 184. angenommen, welcher sagt:

„Jedoch ist in der Regel ein ad praescriptionem 30 annorum nicht zureichender Besitz auch ad interdicta unzureichend"

aber ohne Grund![48]) die Römer haben bekanntlich bei den Servituten so unterschieden:

A. Die persönlichen Servituten, wo sie dem Berechtigten d. h. dem Usufructuar und Usuar eines ganzen körperlichen Objects hinsichtlich ihres Rechts dieselben Vortheile gaben, wie dem Eigenthümer — wenigstens ad interdicta.

B. Die Realservituten, wo sie

a) die mit einer continuirlichen Vorrichtung schon früher und später allgemein als ad interdicta retinendae possessionis geeignet ansahen,

b) die andern, wo sie aus der Natur der Handlungen in einer gewissen Zeit eigne Arten von Interdicten gaben.

Nur das remedium spolii änderte hier, und nach dem Grundsatze: spoliatus ante omnia restituendus sollte ohne Rücksicht auf die römische Vorstellung, jede auch einfache Turbation verfolgt werden können, woraus das jetzige deutsche Recht entstand. Bei der Ersitzung der Servituten aber waren nach römischem Rechte alle ersitzbar, wenn der Besitz während der treffenden Zeit nachgewiesen ward und neque vi, neque clam, neque precario angefangen hatte.

Ganz auf falsche Wege kam das französische Recht in Art. 691.

„Verborgene, jedoch selbstständige, sowie unständige Dienstbarkeiten, sie seien offen oder verborgen, soll man durch Ersitzung nicht erwerben können."

Einige rechnen nun hiezu auch den ususfructus und usus und behaupten, daß alle solche Dienstbarkeiten, die in einem

48) Dasselbe thaten auch Troplong und Andere, weil sie den Besitz aus der Lehre von der Ersitzung construiren.

uti durch unbestimmte Handlungen bestehen durch Besitzschutzklagen nicht verfolgt werden können.

Ein großer Theil der französischen Rechtsgelehrten war von jeher dagegen, und so gewiß der Satz über die Ersitzung einmal feststeht, so wenig hat man das Recht ihn auf die Besitzschutzklagen auszudehnen. Freilich geht hier die badische Prozeßordnung viel zu weit, in dem der §. 747. sogar die Angabe des Titels verlangt und daneben den Besitz — beides bewiesen haben will, und also zu dem possessorium selbst, viel mehr verlangt, als zu dem petitorium!!! — (Sieh weiter im nächsten §.)

§. 13.

Von der Erwerbung des Besitzes zum Zwecke der Besitzschutzklage.

Die Grunddienstbarkeiten theilt das französische Recht in ununterbrochen fortdauernde und nicht ununterbrochen fortdauernde (continues et discontinues) und eine jede Klasse wieder in sichtbare und unsichtbare (apparentes et non apparentes).

Es fehlt sich nicht, daß da, wo man ein Servitut ersitzen kann, auch der Besitz angenommen werden muß zum Zwecke der Klagen, und dies ist auch der Sinn in den Urtheilen des Cassationshofes, obgleich diese in der Lehre vom Besitz sehr verschiedenartig lauten: aber umgekehrt läßt sich der Schluß nicht so ziehen, daß, wo eine Ersitzung nicht möglich, doch auch durchaus die Besitzschutzklage nicht gebraucht werden dürfe.

Bei den ununterbrochenen aber nicht sichtbaren Dienstbarkeiten z. B. der servitus altius non tollendi, ferner bei den unterbrochenen sichtbaren oder unsichtbaren z. B. den Wegrechten kann man wohl annehmen, dasjenige, was vorliegt sey ein acte de pure faculté, de simple tolerance, aber dies ist doch nur eine praesumtio hominis, denn beruft sich der Betheiligte auf einen Titel, so verschwindet von selbst diese Annahme. Daher ist die Anführung des Titels nur nöthig, um dieser Annahme entgegenzuarbeiten: wo aber jemand auf einen Titel sich beruft, hat er Alles das für sich, um auf den Besitz zu pochen.

Digitized by Google

Dies ist der Gedanke, den auch die Deutschen hatten, wenn sie den titulus pro coloranda possessione verlangten. Nur muß nicht eine peritorische Nachweisung des Titels, sondern blos eine Art von Bescheinigung, wie auch bei den interdictis adipiscendae possessionis bei den Römern verlangt werden. Ebendeßhalb ist es auch nicht unrecht, wenn man sich bei den continuirlichen Servituten auf den Titel beruft, zumal, da man hier keine Handlungen anzuführen braucht, der Titel auch pro coloranda possessione dient. [49])

Daß nun bei den Servituten der zweiten Art die Ersitzung nicht möglich ist, weil man sich auf den titulus berufen muß, und weil der titulus a non domino nicht genügt — also für die Ersitzung gar kein Terrain da ist, steht fest. Aber von den Besitzschutzklagen ist im Code civil gar nicht die Rede. Der Code de procedure führt Nichts darüber an, und daher bleibt uns immer überlassen, den wahren Punkt des Rechts zu finden.

Diejenigen nun, die von der Ersitzung auf die Besitzschutzklagen schließen, sind schon deßhalb ganz in der falschen Richtung, weil erwiesen ist, daß das französische Recht drei verschiedene Begriffe von Besitz hat, und daß nur da, wo Ersitzung stattfindet, auf die Besitzschutzklagen geschlossen werden kann, nicht aber umgekehrt. Aber es stehen ihnen auch noch andre bedeutende Rücksichten im Wege.

A. Allerdings bestehen die Weggerechtigkeiten und andre bisher gehörigen Servituten in einem uti. Aber dieses theilweise und beschränkte uti ist doch sehr von der Personalservitut des usus zu unterscheiden, wo der ganze körperliche Gegenstand die Natur des Rechts bildet, und die Analogie zum Eigenthume so leicht ist. So hat man z. B. den Besitz des Wohnungsrechtes geläugnet, während dieser zu Tage liegt, gesetzt auch daß das Wohnungsrecht nicht ersessen werden kann. Hier greift auch schon allein die Natur des römischen Rechtes und die allgemeine Vorstellung

49) Die alten französischen coutumes und ihre Interpretion gingen immer auf diese gemüthliche Richtung ein, und verlangten auch bei den continuirlichen Servituten eine Bezugnahme auf den Titel. Planck S. 146. Note 78.

Digitized by Google

der Juriſten ein. Soweit ſich im Vorprozeſſe für den Standpunkt des Beklagten eine Anſicht abgewinnen, und dadurch das Recht des Klägers hervorheben läßt, muß es auch bei uns von Wirkung ſeyn, indem es ſonſt dahin kommen könnte, den Beſitz ganz abzuſchaffen, was ein Rückgang in der Ausbildung des Rechts wäre.

B. Die Römer haben wohl auch bei den Realſervituten der angegebenen Art nicht aus einer Handlung den Beſitz zum Schutze conſtituirt: allein ſie haben eine gewiſſe Zeit und gewiſſe facta angenommen, die ja im franzöſiſchen Rechte ſchon dadurch gegeben ſind, daß eine gewiſſe Dauer des Zuſtandes im Beſitze vorgeſchrieben iſt.

Es ſteht alſo zweierlei feſt.

a) daß eine Reihe von Handlungen da ſeyn müſſen,

b) daß der Titel, wenn er verlangt werden ſollte, wie z. B. in der badiſchen Prozeßordnung höchſtens nur pro coloranda possessione angegeben und wahrſcheinlich gemacht zu werden braucht. —

In Frankreich, ſowie auch im Großherzogthume Baden gibt es indeß drei Theorien in dieſer Lehre:

a) diejenige, welche unbedingt die Beſitzſchutzklagen bei unverjährbaren Realſervituten verwirft, wozu Troplong in Frankreich, Planck in Deutſchland ſich bekennen.

b) diejenige, wonach pro coloranda possessione die Anführung eines Titels verlangt wird, wofür Merlin und Toullier[50]) in Frankreich, Zachariä jetzt in Deutſchland ſich erklärten. In dieſer Richtung hat das badiſche Prozeßgeſetz die Sache ſo genommen, als müſſe auch der Titel vollkommen bewieſen ſeyn.

c) diejenige, wonach ohne Titel die Anwendbarkeit der Klagen angenommen iſt, welche Henrion de Pansey, der überhaupt dem römiſchen Rechte am meiſten folgte, vertheidigt.

Dieſe Theorie iſt nicht nur die conſequenteſte, ſondern läßt ſich auch recht gut mit dem Texte ſelbſt vereinigen, wenn der Betheiligte die Abſicht, ein Recht auszuüben, aus verſchiedenen Umſtänden darthut, wozu natürlich auch die

50) III. 715.

Digitized by Google

Anführung des Titels gehört. Streitig wird freilich nach der bisherigen Vorstellung der Franzosen immer bleiben, ob die Anführung des Titels nöthig sey, oder nicht. Die bessere Rechtsbildung wird natürlich immer auf die wahre Theorie hinarbeiten.

§. 14.

Von der Erwerbung des Besitzes zum Zwecke der Ersitzung bei den Servituten.

I. Die servitutes continuae werden durch 30 jährigen Besitz erworben.[50])

II. Die andern Servituten können durch Ersitzung gar nicht erworben werden.

III. Der ususfructus und usus wird von Vielen als eine Liegenschaft selbst angesehen, und soll in 10 und 20 Jahren erworben werden.[51])

ad I. Bedarf es keines Titels. Einst in dem Rechte der contumes z. B. der von Paris war keine Ersitzung ohne Titel möglich; allein der Code stellt die Sache anders auf[52]).

ad II. Es hat einige französische Schriftsteller gegeben, die behaupteten, ein colorirter Titel könne auch hier zur Verjährung führen: und die sich dann nur um die Zeit der Verjährung stritten.[53]) Allein sowohl in den contumes der französischen Geschichte, als im frühern Rechte der Franzosen, im Allgemeinen findet sich nichts Aehnliches, und dies ist die Ursache des Art. 690. des Code. Der Titel des Eigenthümers des dienenden Guts führt an sich zum Recht, und der Titel eines Andern als des Eigenthümers ist deßhalb ohne Erfolg, weil die Franzosen überhaupt die römische Begründung der Servituten, wenn der Betheiligte sie neque vi, neque clam, neque precario erlangt habe, auf keine Weise zuließen. Sie nehmen vielmehr an, daß

50) Art. 690.

51) Proudhon tom 2. Nr. 751. Toullier t. 3. Nr. 393. Duranton t. 4. Nr. 502. Troplong II. 855. u. f.

52) Troplong pag. 439. Nr. 856.

53) Toullier und Favard in 30 Jahren — Delvincourt und Duranton in 10 und 20 Jahren.

Digitized by Google

ein solcher die Servituten precario habe, und folgerten daraus, daß sie nur durch Anerkenntniß allein [54]) rechtlich begründet werden können. Zu bedauern ist, daß Urtheile über den Besitzschutz bei solchen Servituten, [55]) so leicht als Begründung der Verjährung sogar noch von Toullier haben angeführt werden mögen.

ad III. Der ususfructus und usus, sowie die Wohnung haften wie das Eigenthum auf einzelnen Liegenschaften und bieten im Gebrauche dieselben Rücksichten dar, wie das Eigenthum selbst. Es lassen sich darauf Hypotheken geben und inscribiren [56]). Ebendeßhalb bedarf es auch hier mehr nicht als irgend eines Titels und der bona fides. Es ist dies freilich nur eine Interpretation des Art. 2265. [57]), und es ist daher hier mehr nicht nöthig, als der Zeitablauf von 10 und 20 Jahren, aber es entspricht sicherlich den allgemeinen juristischen und politischen Gründen des Rechts. Andre urtheilen anders und entscheiden, daß, weil im Code selbst nichts stehe, die Verjährung derselben unzulässig sey [58]). —

§. 15.

Von der Erwerbung des Besitzes zum Schutze der Früchte bei den Servituten.

Auf die Realservituten ist diese Lehre nicht anwendbar, weil die Idee der bona fides darauf nicht angewendet ist,

54) Art. 695.

55) Merlin servitute §. 6.

56) Art. 2118.

57) Sieh auch Troplong Nr. 855., sieh jedoch die nächste Note.

58) In dem im Text angenommenen Falle würde man freilich auch gegen den Eigenthümer das usufructuarische Recht präscribiren; im andren Falle unterscheidet man wieder zwei Meinungen

a) die, wonach der Usufructuar wohl die Besitzklagen auf eigenem Namen hat,

b) die, wonach er blos für den Herrn und dadurch kaum noch die Besitzklagen hat (gewiß falsch), in keinem Falle aber gegen den Herrn präscribirt.

Wenn Troplong die praescriptio des ususfructus wie bei einer unbeweglichen Sache zuläßt, aber nicht gegen den Herrn derselben, so ist dies nur für das Eigenthum verstanden. Aber den Verlust des ususfructus in dieser Zeit durch Befreiung des Eigenthums, wie bei dem römischen Pfandrechte, kann man gewiß nicht annehmen. Troplong Nr. 854. 855.

Digitized by Google

ferner auch wenn ein Titel von einem non dominus da wäre, blos die Entschädigung der Civilfrüchte in Betracht genommen werden müßte, und zwar nach den gewöhnlichen Grundsätzen bei den Obligationen.

Von dem ususfructus und dem usus aber war schon oben die Rede. Der Usufructuar in bona fide, der natürlich einen Titel haben muß, wenn auch von einem non dominus, erwirbt die Früchte als Separation, aber es möchte denn die Frage entstehen, ob der Besitz des Rechts oder die Detention der Sache ihm die Früchte gewähre. Wenn nämlich ein Pächter im guten Glauben von einem Nichteigenthümer das Gut gepachtet hat, und von dem Eigenthümer belangt wird, so kann er ihn, wie der Usufructuar an denjenigen verweisen, von welchem er sein Recht ableitet: beide der Pächter und Usufructuar aber sind die im guten Glauben genossenen Früchte herauszugeben schon deßhalb nicht schuldig, weil derjenige, welcher ihnen die Sache zum Fruchtgenusse eingeräumt hat, diese Früchte auf keinen Fall von ihnen verlangen kann. Dem non dominus gegenüber haben sie ein Recht auf den Fruchtgenuß, und dem Eigenthümer unmittelbar sind sie weder wegen der Sache, noch wegen der Früchte verantwortlich.

Digitized by Google

Anhang.

Einige geschichtliche Bemerkungen über die französischen Schriftsteller zur Lehre vom Besitz [1]).

§. 1.

Die Lehre von den Besitzklagen hatte man aus dem Code civil verwiesen, und in der Proceßordnung bei den Geschäften des Friedensrichterlichen Amtes aufgeführt. Nur soweit es der Verjährung galt, kömmt der Besitz in der Lehre von der Verjährung vor.

Das Friedensgericht ist bekanntlich eine Nachbildung eines englischen Instituts, aber es ist nur in einer Art politischer Begeisterung aufgefaßt, und die Einrichtung des Friedensgerichtes hat manches Nachtheilige für Frankreich und erreicht nicht den Zweck des Vermittelungsamtes. Am schwierigsten ist es, die Lehre vom Besitze, eine der feinsten juristischen Lehren, vor einem Gerichte behandeln zu lassen, wo man feste, juristische Kenntnisse nicht voraussetzt, wodurch auch das eintritt, daß, da die Appellation an die Bezirksgerichte erster Instanz statthat, von diesen die Cassa-

1) Ueber das Studium des französischen Rechts vor dem Code und namentlich vor den Schriften Pothier's ist nichts besser, als die kurze Darstellung von d' Aguesseau in dem Titel: Droit francois tom. I. seiner Werke pag. 394. — wo er richtig Alles auf die coutumes besonders der Stadt Paris — und deren Commentatoren, sowie auf die Ordonnances und deren Sammlungen damals noch der von Brisson hinführt. Freilich ist in den Code ein großer Theil des römischen Rechtes beigetreten.

Digitized by Google

tion an das höchste Tribunal geht. Schon dadurch, daß von den Friedensgerichten sehr eigene Urtheile ausgingen, und der Cassationshof es nicht weniger mit einer größeren Masse einzelner Tribunale, deren arrêts nach der ganzen Richtung der Gerichtshierarchie nicht in Betracht kommen, wie mit den Appellationshöfen zu thun hat, kömmt es, daß ebendeßhalb die Entscheidungen des Cassationshofes um so bedeutender wurden, der immer mehr auf die römischen Ansichten hinweißt.

§. 2.

In der französischen Literatur gibt es eigentlich zwey Klassen von Schriften: a) solche, welche bemüht sind, das ältere französische Recht, namentlich die Gebräuche und Gewohnheiten mit dem Code in Vereinbarung zu bringen, und denen ein gewisser historische Sinn inwohnt, wie besonders in unsrer Lehre die Schrift des von alter Zeit her unterrichteten, feinen und antirevolutionären Henrion de Pansey ist; b) solche, welche den Code von seiner neuen umgestalteten Seite auffassen, die abgekommenen Rechte gering achten,[2]) und weniger aus der Vergangenheit als aus der neuen Richtung der Dinge, das Gesetzbuch erklären, wohin im Grunde die neueren Commentatoren des Code selbst gehören.

War die französische Lehre vom Besitze schon vor dem Code ein Gemische römischer und deutscher Grundsätze, wie wir gesehen haben, so wurde die Sache durch die neue Bearbeitung nicht besser, und wäre nicht die feste Norm im französischen Rechte, daß man das possessorium und petitorium auf keine Weise vermenge, so würde das practische Bedürfniß es längst dahin gebracht haben, beide Punkte zu vermengen, und ein Institut zu schaffen, wo der bessere Besitzer gegen den schlechteren so geschützt wird, daß der letztere nur das Recht behalten möchte, wieder aus dem besseren Rechte seines Vormanns gegen den besseren Besitzer aufzukommen, wo dann die Begriffe besserer und bester Besitz nicht römisch, sondern zufällig gestaltet seyn würden, also nicht um vom factischen zum juristischen Verhältnisse, sondern

2) Davon im §. 5.

von einem weniger zu einem mehr juriſtiſchen Verhältniſſe in ganz zufälliger Art überzugehen.

§. 3.

Vor dem Code de procedure hatte man in Frankreich

1) den sequestre oder die recreance, d. h. ein Proviſorium, wodurch der Beſitz Jemanden anvertraut, oder dem Einen der Streitenden geſtattet wurde, die Sache während des petitorii zu behalten. Es iſt dieſes ſo etwas, wie unſer summarissimum [3]).

2) Die réintegrande, wo blos vorausgeſetzt wurde, daß der Kläger im Augenblicke der Spoliation die Sache gehabt habe, und wodurch man dem römiſchen interdicto de vi am nächſten kam, und wobei man auch nicht ſo ſtrenge auf die Vorausſetzungen des römiſchen Interdikts ſah, ſelbſt dasjenige einſchloß, was im Cod. Just. unter dem Namen des interdicti momentaneae possessionis vorkam. [4])

3) Die complainte — welche nichts Andres iſt als die Störung in der germaniſchen saisine — das ordinarium des deutſchen Rechts, wenn wir die réintegrande das summarium nennen. Dabei hatte man den Satz: complainte sur complainte n'a lieu [5]), oder saisie sur saisie ne vaut, mit andern Worten nach deutſchen Rechten iſt das Verhältniß rechtlichen Verfahrens, d. h. eben das blos relative Verhältniß zu Ende, und es bleibt jetzt nur das petitorium des römiſchen Rechts, d. h. die Verjährung oder das jus auctoris übrig. Aber die Franzoſen haben dieſes nicht ausgeſprochen, ſondern folgende Sätze aufgeſtellt:

a) daß bei einem Beſitze ohne materielle Veränderung des Objects derjenige vorgehe, welcher auf einen Beſitz von zehn Jahren ſich berufen könne, während

b) bei einem Beſitze, wo eine objective Veränderung (nouvelleté) ſtattgefunden, der jüngſte Zuſtand der beſſere ſey. [6])

3) Pothier de la possession chap. XI. Nr. 105. la Pratique d'Imbert chap. XVI.

4) l. 4. 6. 11. Cod. 8 4. andre Meinung hat bekanntlich hier v. Savigny in ſeiner Lehre vom Beſitz §. 43.

5) Henrion de Pansey chap. XLVII.

6) Henrion de Pansey chap. XLVI.

Digitized by Google

Daraus ist denn auch

4) das besondere Rechtsmittel der denonciation de nouvel oeuvre entstanden, wo so zu sagen ein unbedingter und durch Nichts zu beseitigender Befehl erfolgte, den bisherigen Zustand aufrecht zu erhalten, wie dies wohl nicht in diesem Sinne, aber doch im Ganzen auch aus der römischen Ansicht von der novi operis nuntiatio folgt.[7])

§. 4.

Daß die Stelle im Code de procedure diesen Unterschied habe aufheben wollen, wie Viele meinen, ist freilich nicht erwiesen, da es hier nur der Jurisdiction der Friedensrichter galt, welcher man allgemeine Vorschriften machen wollte, weßhalb auch Zachariä,[8]) der die andre Meinung hat, zugibt, daß man immer noch Provisorien in der gedachten Art verfügen könne, namentlich wegen der nouvellété; ja wir zweifeln nicht, daß gerade in dieser Lehre der Cassationshof den weitesten Spielraum seiner Interpretation angenommen hat und ausübt. Gerade hier begegnen sich die beiden Schulen der franz. Juristen, sowohl in den schriftstellerischen Werken als auch in den arrêts; allein die ältere vorzüglich von Henrion de Pansey vertretene Schule hat schon deßhalb Recht, weil trotz der allgemeinen Bestimmung der neueren Gesetzbücher die unendliche Feinheit der Fälle auf die älteren Unterscheidungen führt. Man müßte denn in das Studium des römischen Rechts zurückkehren. Und ob dieses letztere nicht in Baden der Fall sey, wo man das römische Recht als subsidiäres Recht bezeichnet hat, dies ist sehr zu bedenken.

Im Uebrigen ist doch gewiß, daß die réintegrande und die complainte im Sinne und in den Worten des Code de procedure vereinigt sind, und jetzt zur Besitzklage immer nöthig ist, daß der Besitzer ein Jahr lang im Besitze des Objects war, und daß das canonische remedium

7) Oft hat man dieses Rechtsmittel als eine eigene Seite des Besitzes angesehen, und in Verbindung mit dem ordinario oder der complainte bringen lassen; allein es ist nach Henrion de Pansey ein eigenes Rechtsmittel, besser als die complainte, die nur einen bedingten Befehl enthält.

8) §. 187. a.

spolii nicht mehr Platz greift. Der Code de procedure spricht sich hierüber nicht nur deutlich aus, sondern man sieht dieses auch aus der Ansicht des Cassationshofes bei Sirey tom. IX. art. 35. des Entwurfes des Cassationshofes für die Rechtsverfolgung, wo die beiden Klagen offenbar zusammengestellt sind, und für beide die gedachte Voraussetzung verlangt wird.

Dagegen ist es zweifelhaft

a) ob nicht eine provisorische Maasregel, die recreance stattfinde, und

b) ob nicht die denonciation de nouvel oeuvre annoch Bedeutung habe.

Dafür ist die jurisprudenee des Cassationshofes, obgleich die erstere nichts weiter ist, als eine Art der Sequestration, d. h. daß man dem einen Theile den Besitz läßt, wo er ihn nicht unmittelbar begründet hat, was im französischen Rechte um so nothwendiger ist, weil jetzt zur Besitzklage die Zeit des Besitzes von einem Jahre gehört, und weil also bei dem petitorio gar oft nöthig ist die partes der Partheien, wie einst im römischen Rechte zu ordnen.

Noch wichtiger ist, daß der Betheiligte im Laufe eines Prozesses nichts Neues unternehme, und daß also ein unbedingter Befehl deßhalb erlassen werden könne, was auch an sich schon aus allgemeinen Grundsätzen folgt.

In Baden kann man unmöglich hievon absehen, da neben der allgemeinen Richtung der Verhältnisse auch noch die Analogie und resp. die subsidiäre Bedeutung des römischen Rechtes eingreift.

§. 5.

Von der Ausdehnung der Lehre vom Besitze auf die Rechtsgegenstände.

In dieser Beziehung sind wir auf eine doppelte Betrachtung hingewiesen:

1) jetzt gehören zum Besitze nur körperliche Sachen unbeweglicher Art und Servituten. Ob alle Servituten ist sogar zweifelhaft. *) Henrion de Pansey ging weiter,

*) Davon war schon oben die Rede.

von seiner Ansicht des vorrevolutionären Standpunkts der Feudalrechte und der deutschen Gewähr suchte er beizubehalten, was nur immer möglich war, die Renten, das Zollrecht und die Auflagen der Städte, deren zur Benutzung der einzelnen Bürger gehörenden patrimonia, namentlich was zur Benützung der einzelnen Bürger an Holz- und Waldrecht gehört, den Genuß der Einzelnen an Kirchenbänken, und andern Gegenständen der Kirchengemeinde, und nur das ließ er zweifelhaft, ob auch der Präfect wegen der Staatsgüter und Staatsrechte an den Vortheilen des Besitzes Antheil nehmen könne. [10]) Vorerst müßte jedoch hier untersucht seyn, ob vor dem Code der Besitz hier anwendbar war, und ob der Code, der über solche Rechte schwieg, indem er ihrer im Sturme seiner Zeiten gar nicht erwähnen wollte, darauf stillschweigend doch zu beziehen sei. In Deutschland, namentlich in Baden wird die Sache besser zu entscheiden seyn, da man in allen Fällen, wo die römische possessio zugelassen ist, gewiß auch den französischen Besitz wird anwenden lassen, obgleich es, wo möglich, auch hier sehr anzurathen ist, den beschwerlichen Besitzproceß nicht zu versuchen.

2) Im Uebrigen ist das gewiß, daß der Besitz des Erblassers auch in dem natürlichen Erben, sowie in dem instituirten Erben fortdauere. [11]) Man geht nämlich hier von den Grundsätzen des alten deutschen Rechts und der saisine aus.

Aus diesem Allen sieht man zur Genüge, wie verschieden nicht nur die Ansichten des Gesetzes von dem Besitze sind, soferne man sie mit den Grundsätzen des römischen Rechts vergleichen will, als auch wie verschieden die Schriftsteller selbst diesen Gegenstand behandelt haben.

10) Soviel ist gewiß, daß der Besitz weder auf bewegliche Sachen in den Besitzklagen geht, noch auch auf eine universitas rerum mobilium, obgleich das letztere Henrion de Pansey annimmt. Hinsichtlich der Mobiliarerbschaft wird von Einigen eine Ausnahme gemacht. Art. 724. 1006. Aber zweifelhaft ist es, ob die Besitzklage der Frau nicht auf diejenigen Sachen geht, welche im Ehevertrage als verliegenschaftetes Gut anzusehen sind.

11) Art. 724. 1006. 2234.

Digitized by Google

Zweites Hauptstück.

Erster Abschnitt.
Von der Natur des Eigenthums an unbeweglichen Gütern.

§. 1.
Quellen dieses Rechts.

Offenbar prädominirt im Code die germanische Ansicht von dem Grundeigenthume. Freilich ist Manches aufgehoben, was sonst mit der Regalität oder mit den herrlichen Rechten zusammenhing; daher gehört Alles, was unter der Oberfläche des Bodens liegt, zum Eigenthume,[1]) und nur das ist aufrecht erhalten, was nach den Länder-Coutumes aus der Benutzung der Gewässer, und der landwirthschaftlichen Nachbarschaft, ferner nach den Städtecoutumes aus der Bauordnung vorhanden war. So entspringen dann besondere gesetzliche Rechte

a) aus der Lage der Orte, wegen der Gewässer und der landwirthschaftlichen Nachbarschaft,

b) wegen Scheidemauern, Scheidegräben, Zwischenmauern, Aussicht und Dachtraufe, endlich aber auch

1) Einige wollen hier römisches Recht finden z. B. Thibaut: allein wollte man eine Vergleichung anstellen, so wäre lediglich auf die im alten Städterechte angegebenen Grundsätze zurückzugehen. Coutume de Paris art. 187. Quiconque a le sol, appellé l'etage du rez de chaussée d'aucun heritage, il peut et doit avoir le dessus et le dessous de son sol et peut édifier pardessus et pardessous, et y faire puits, aisemens et autres choses licites s'il n'y a titre au contraire.

Digitized by Google

c) wegen des Rechts zu schließen, oder des Durchgangsrechts,

die man dann als eigene gesetzliche Arten von Servituten gegenüber den freiwillig begründeten Grunddienstbarkeiten ansah.

Aehnliche Rücksichten wegen des Wasserlaufes kommen auch im römischen Rechte vor, sie wurden durch Interdicte und andere persönliche Klagen gedeckt, sind aber gewöhnlich nicht hinreichend zur Entwickelung der Natur des Eigenthums in unsern Lehrbüchern aufgestellt. [2])

Die Bauordnung aber war bei den Römern mehr local.

Es ist jetzt nothwendig, die Sätze des französischen Rechts so aufzustellen, daß man die gesetzliche Freiheit des Eigenthums im Gegensatze zur gesetzlichen Beschränkung desselben erkenne. —

§. 2.

Natürliche und gesetzliche Servituten auf der einen und willkürliche Servituten auf der andern Seite. [3])

Im römischen Rechte waren durch Nachbarverhältnisse z. B. ob modum fundorum wegen des Nachgrabens, wegen der Bäume, wegen des Wasserlaufes und der Benützung des Wassers, wegen der Wege, wegen Staub, Rauch besondere Obligationen bestimmt — ebenso ob modum aedificiorum, [4]) namentlich hatte die Benützung des Wassers nach dem Un-

---

2) Noch immer fehlt im gemeinen deutschen Rechte eine gediegene Schrift über das Wasserrecht.

3) Es ist die sichtbare Folge unsres obenaufgestellten Grundsatzes, daß im Code die actiones in rem und in personam untereinander geworfen werden, weil besonders hier die persönlichen Wasser- und andren Rechte (actio aquae pluviae accendae) mit den actionibus in rem zusammengeworfen werden. Nicht formell als dingliche Rechte, sondern materiell sind die Servituten de la situation des lieux zusammengestellt, und die gesetzlichen Servituten sind nichts andres als Modificationen am Eigenthume durch Gewohnheiten.

4) Meine Pandecten §. 237.

terschiede des flumen publicum oder perenne [5]), und des andern im Privateigenthume stehenden Wassers, wo nur der Ablauf bestimmt war, eigene Grundsätze [6]), wovon auch im deutschen Rechte noch Vieles anwendbar ist: — aber im deutschen Mittelalter selbst macht die Regalität, aus der sich eine Polizeianstalt entwickelte, ein Recht geltend, die Benützung nicht nur öffentlicher Gewässer besonders zu constituiren, sondern auch an den anders wie im römischen Rechte angenommenen Privatgewässern Mühlen zu gestatten, wodurch diese dann besondere Rechte erhielten, was jedoch im Ganzen particularrechtlich ist. In Frankreich gründete sich dies auch auf Gewohnheiten, [7]) bis sich in einer ordonnance de eaux et forets vom August 1669 der Unterschied der schiff- und floßbaren Gewässer von den andern zum festen Gesetze erhob, welches auch in den Code überging.

Sehr schwierig ist es, das deutsche Particularrecht mit dem römischen Rechte zu verbinden, aber ein großer Vorzug des französischen Rechts besonders in der Aufstellung der Einheit des Rechts sind die hier schon vor dem Code gegebenen ordonnances als allgemeine Grundsätze. Die Staatshoheit hat im Code einiges Recht behalten, aber im Ganzen ist das System nicht mehr von der Regalität und Polizey abhängig, sondern jetzt von festen und bestimmten privatrechtlichen Grundsätzen. Ebendeßhalb aber sind sowohl die Grundsätze des Wasserrechts als des Baurechts nicht eigentlich Servituten, wenn auch allerdings besondre Rechte, sondern sie dienen dazu, die Natur des Grundeigenthums zu bestimmen, wie dieses auch gesunde practische Schriftsteller der Franzosen, z. B. der so klare Toullier auf das bestimmteste eingesehen haben.

---

5) Etwas ganz andres, als unsre schiff- und floßbaren Bäche und Ströme.

6) Elvers neue Themis I. Bd. 3. Heft.

7) S. Mittermaier deutsches Privatrecht §. 222. Note 3. Coquille cont. de Nivernois, Bouhier cont. de Bourgogne, Barnage cont. de Normandie etc.

Digitized by Google

§. 3.

Vom Wasserrechte. [8])

Die Franzosen unterscheiden wie die Römer die aqua viva und aqua pluvia, d. h. das Wasser, was einen beständigen Lauf aus der Natur des Bodens darbietet, und das Wasser, was vom Himmel fällt. Zu dem ersten gehören les fleuves, rivières, ruisseaux, fontaines, puits, zu den andern les pluies et les eaux, qui proviennent de la fonte des neiges et des glaces.

Das Wasser hat mit der Luft das gemein, daß es, wie auch die Römer sagen, eine res communis ist, doch gibt es am Wasser ein Privateigenthum, wie an der Luft: aber, wo die Einfangung nicht möglich ist, nehmen die Franzosen von jeher eine communauté negative an, d. h. daß keiner den andern absolut ausschließen darf.

Das Wasser, welches vom Himmel fällt, und zwar auf meinen Boden, kann durch die Auffangung mein werden, aber derjenige ist kein Dieb, der es durch eine Vorrichtung von meinem Dache wegfängt, wenn er nicht ein andres Recht stört. Bei dem Wasser der andern Art (aqua viva) aber beurtheilt sich die Sache anders, das Rechtsverhältniß derselben bestimmt sich nach gewissen Grundsätzen der Accession. Dahin ist zu stellen:

1) Jedem gehört das Grundstück auch in seiner Tiefe, daher ist das Wasser sein, was er daraus nimmt. Wenn daher der Nachbar die Quellen ihm abschneidet, muß er sich dieses gefallen lassen. [9])

2) Wenn sich aus einem Terrain ein Bach gebildet hat d. h. das Wasser durch die Natur, oder durch eine Einrichtung zum Abfluß gekommen ist, so hat der Eigenthümer der Quelle, der früher nicht darüber disponirt hat, sein Recht verloren, und das Wasser wird ein accessorium der Grundstücke, an welchen es vorbeifließt. [10])

---

8) Die beste Ausarbeitung ist von Pardessus in seinen servitud. part. 2. ch. 1. sect. 1. obligations, qui concernent les eaux.

9) Art. 552.

10) Bei den Römern war dies schon ein flumen publicum und darin haben also wieder Römer und Franzosen dasselbe Fun-

Digitized by Google

3) Das Beet eines solchen Wasserlaufes ist im Eigenthum, und zwar wenn der Fluß schiffbar oder floßbar ist, ein domaine public [11]), außerdem aber ein Privateigenthum dessen, auf dessen Grund das Beet ist; allein himmelweit davon ist das Recht auf das Wasser und dessen Gebrauch verschieden.

4) Die Benützung des Wassers bei den Flüssen des domaine public geschieht durch Administrationsverordnungen, es entstehen daraus keine Privatrechte, sondern der allgemeine Vortheil gibt die einzelnen Richtungen. [12]) Nur in Beziehung auf Piemont und die bekanntlich in Italien so hoch gehobene Bewässerung ist durch ein Decret v. 11. December 1808. bestimmt worden, daß es bei denjenigen Vertheilungen und Rechten bleiben soll, die durch das alte Gouvernement vorgenommen wurden. [13])

5) Die Benützung des Wassers bei den Bächen im Privateigenthum geschieht in der Regel ganz nach den Grundsätzen des Eigenthums, [14]) der Betheiligte kann wohl nichts an dem Beete ändern, aber er kann das Wasser schöpfen, verkaufen, verschenken und ist dem unterliegenden nichts zu gewähren schuldig, ausgenommen wenn dieser ein besonderes Recht, d. h. eine willkürliche Servitut hätte, [15]) oder ein Interesse des Staats, wie bald folgen wird, in Betracht käme.

6) Wäre das Flußbeet ein domaine public, so können dennoch die Angrenzer an den Fluß, soweit Administrations-

---

dament. Das Wasser ist hier zwar im französischen Rechte nicht res communis auch nicht Gegenstand einer Servitut, sondern der Nachbar kann es einfangen und der Staat läßt ihm dies Recht. Dadurch werden viele Punkte klar. Etwas andres Nauter in Mittermaier's und Zachariä's Zeitschrift. XI. 1.

11) Art. 538. die Canäle sind in der Regel domaine public schon wegen der Expropriation loi du 12 Octbr. 1796.

12) Pardessus §. 77. Uebergang des deutschen Regalitätssystems.

13) Toullier lib. II. sect. IV. §. II. i. f.

14) Art. 641

15) Hier kann der Eigenthümer Nichts thun, was der Servitut entgegensteht also z. B. keine jet' d'eaux machen Pardessus 78.

Digitized by Google

gesetze ihnen nicht entgegenstehen, das Wasser benützen, verkaufen, verschenken.

§. 4.

Fortsetzung. Nichtfließende Quellen und Brunnen. Reines Eigenthum.

Das Wasser, was die Natur auf einem Terrain eröffnet hat, und was oft durch Regen verstärkt wird, kann der Eigenthümer nach Nr. 1. des vorigen §. verwenden, wie er will: der untenliegende Nachbar muß auch den natürlichen Ablauf annehmen; allein hätte der Eigenthümer eine Veränderung gemacht, so ist der Nachbar das Wasser aufzunehmen nicht schuldig: noch weniger ist Jemand schuldig „den Ablauf des Brunnenwassers sich gefallen zu lassen, weil dieses kein natürliches Wasser ist". Insoweit ist ein vollkommenes Eigenthum des Berechtigten begründet mit demjenigen, was die Natur der Sache einem Andern für Verpflichtungen auflegt. Darauf geben auch die Art. 640. 641. des Code. Man war einst im Staatsrathe des Dafürhaltens, daß hier kein Recht des Eigenthums sey, sondern jede irgendwo entsprungene Quelle eine res communis sey, woran der Herr des Bodens nur ein Vorzugsrecht habe: allein der Grundsatz ist sowohl an sich unrichtig, als auch dem römischen Recht widersprechend und wurde mit Grund verworfen. Wer an einer solchen Quelle ein Recht neben dem Herrn des Grund und Bodens behauptet, muß einen Titel oder die dreißigjährige Verjährung haben. [16])

Dieses Princip des vollen Eigenthums und der lediglich auf privatrechtlichem Wege begründeten Servitut ist namentlich auf die Brunnenschachten selbst, und auf diejenigen Quellen anwendbar, die nicht fließen, sondern nur zu Zeiten als aqua pluvia in das Abfließen kommen, und wovon sich also das fließende Wasser oder die Bäche vollkommen unterscheiden. [17])

---

16) Art. 642.

17) Sieh auch Elvers das Wasserrecht §. 2.

Digitized by Google

§. 5.

Fortsetzung. Seen. Unterschied derselben und Recht daran.

Unter den Seen gibt es

a) solche, die für sich bestehen, und durch das Regenwasser erweitert werden, oder austrocknen. Diese sind reines Privateigenthum, und nur aus polizeilichen Gründen kann ihre Austrocknung verfügt werden.[18])

b) solche, die aus einem auf einem andern Boden entspringenden Wasser genährt werden, und auch wieder Abzug haben. Hier ist der See nicht sowohl als Grund und Boden wie ad a. Eigenthum des Herrn, sondern der Herr kann auch das Wasser benützen, aber nur so, wie es der ordentliche Lauf mit sich bringt. Sowie also eine Austrocknung nicht möglich ist, so darf der Herr des Sees den unterliegenden dasjenige nicht nehmen, was von dem Flusse des Wassers abhängt, so, daß hier ganz die Grundsätze des fließenden Wassers entscheiden.[19])

§. 6.

Fortsetzung. Fließendes Wasser. Recht am Beete. Recht am Wasser.

Aqua profluens war von jeher wie die Luft ein jus commune. Doch muß man wieder unterscheiden:

a) das Meer, an welchem sowie an dessen Ufer ein vollkommen gemeinsamer Gebrauch aber so stattfindet, daß keiner den andern ausschließet, z. B. nicht durch Bauen von Häusern,[20])

b) den Fluß, wo besondre Grundsätze im französischen Rechte bestehen;

c) einen andren Bach, wo das Beet eigenthümlich den Einzelnen, das Wasser aber in seiner Gemeinschaftlichkeit

18) Toullier l. c. Nr. 137. Die Eigenthümer müssen aber auch für allen Schaden haften, der durch schlechte Ufer den Nachbarn geschieht. Art. 1383. des Code cf. Art. 358.

19) Die großen Landseen werden nach der Natur des Meers beurtheilt.

20) §. 1. J. 2. 1.

Digitized by Google

den Anliegern am Bache zusteht, so daß keiner den Andern gänzlich ausschließen darf.

Das französische Recht hat noch einen zweiten Fall hieher gebracht:

d) hätte Jemand eine Quelle auf seinem Grund und Boden, die er zurückhalten oder in einen See sammeln könnte, die aber den Einwohnern einer Gemeinde, eines Dorfes, Weilers oder Hofs das nöthige Wasser verschafft, so muß der Eigenthümer dies Wasser in seinem natürlichen Flusse laufen lassen, und kann, wenn die eben Betheiligten kein Recht erworben haben, nur eine Entschädigung verlangen [21]), dasselbe gilt auch von einem See, welcher einen Ablauf hat, und nun entsteht die Frage, ob auch eine Mühle dieses Recht ausüben kann, was jedoch zu bezweifeln ist, wenn ihr dasselbe nicht ausdrücklich durch ein besonderes Gesetz verliehen ist. [22])

Bei den Fällen ad c) ist wohl Jeder, in dessen Land ein Bach fließt, Herr des Wassers, wie schon im §. 3. ad 5. ausgeführt wurde: aber der Code Art. 645. stellt einen Billigkeitssatz auf, wo der Richter unmittelbar als arbiter auftrit.

„Erhebt sich ein Streit unter den Eigenthümern über die Benützung des Wassers, so ist es Pflicht der Gerichte; den Vortheil der Landwirthschaft mit der Achtung die man dem Eigenthume schuldig ist, zu vereinbaren und in allen Fällen sind die besondern und örtlichen Anordnungen über den Lauf und die Benützung des Wassers zu beobachten.“ [23])

Es ist dieses ein Gegenstand, der eigentlich ein eigenes

---

21) Art. 643.

22) Sieh Toullier Nr. 134. A. M. Pardessus Nr. 138. für uns Zachariä §. 236.

23) Von der Industrie ist im französischen Rechte durchaus nicht die Rede, und im besten Falle könnte zu Gunsten derselben eine Art von Expropriation durch Gesetz stattfinden. Natürlich das schon lange herkömmliche Recht der Mühlen, das nicht als eine blose Folge der principes feodaux angesehen werden kann, muß ausgenommen werden. Rauter in der a. Ztschrft. XI. 1.

Digitized by Google

Kapitel in einem sogenannten Polizei-Codex der Landwirthschaft gäbe: solange aber Alles in das arbitrium judicis gestellt ist, fehlt es nicht, daß hier die verschiedensten Urtheile fallen.

Gewiß ist übrigens, daß bei einem solchen fließenden Wasser die Mühlen das Recht haben, daß der Oberliegende ihnen nicht das Wasser nehme, oder so beschränke, daß es nach der Lage der Mühle nicht mehr wirke. Zwar kann man nicht sagen, daß den Mühlen dies Recht ipso jure zustehe, und daß namentlich das Recht des Oberliegenden sein Grundstück zu wässern ihnen nachstehe: allein gewöhnlich haben die Mühlen entweder einen Titel oder doch die dreißigjährige Verjährung, welche ihnen dem Eigenthümer gegenüber, wie oben schon bestimmt ist, und zwar nicht nur dem Privat-Eigenthümer als auch dem Staate gegenüber zukömmt, zumal das alte Recht der Feudalität und Regalien zwar in Frankreich aufgehoben [24]) aber doch immer noch dies besonders in Deutschland geltende Gewohnheits-Recht zugelassen ist, auch der Artikel 645. offenbar auf die besondern und örtlichen Gewohnheiten verweißt. [25])

Das Recht zu fischen richtet sich in Frankreich nach dem Eigenthume und bei dem fließendem Wasser dahin, daß die Anlieger fischen können [26]): die schiff- und flosbaren Gewässer sind freilich Eigenthum des Staats. [27])

---

24) Im Uebrigen ist speciell angenommen, daß eine Mühle, welche eine Stadt versorgt, Wasser verlangen kann, wenn auch gegen Entschädigung der Betheiligten. Pardessus 138.

25) In solchen Fällen wird im Großherzogthum Baden noch das deutsche Privatrecht eingreifen.

26) Im Uebrigen besteht jetzt ein eigenes Gesetz darüber, das Gesetz v. 15. April 1829. ordon. v. 15 Nov. 1830.

27) Das römische Privatrecht sowie das französische Recht stellt alle Resultate aus einem sichern Gedanken auf z. B. das römische Recht aus dem Begriff des flumen publicum (ganz verschieden von dem domaine public oder dem deutschen Staatseigenthume —) das französische Recht aus der Ansicht der communauté negative — aber in unserm deutschen Privatrechte sind die Sätze sehr unbestimmt, denn sie können nur ex jure romano begründet werden, weil das deutsche

Digitized by Google

§. 7.

Was steht in Frankreich der Staatshoheit oder Polizei offen?

Sehr genau ist hier zu unterscheiden, was reines Eigenthum ist, wie z. B. die auf einem Boden entspringenden Quellen, die Brunnen, das Regenwasser, die Seen und Teiche, wo überall rein das Privatrecht in Anwendung kömmt, und die Fälle, wo entweder der Staat das Bett als domaine public hat, oder wenn es auch im Privateigenthum steht, dennoch eine communauté negative Platz greift — also bei dem fließenden Wasser, wo das Recht der Betheiligten mit dem Interesse der Landwirthschaft in Verbindung gebracht werden soll.

Im ersten Falle ist wohl der Nachbar des niederliegenden Grundstücks schuldig, das Wasser aufzunehmen, wenn es nicht Brunnen oder vom Hause fallendes Regenwasser oder künstliches Wasser ist. [28]) Dagegen darf der Herr des oberliegenden Grundstücks nichts thun, was dem Unterliegenden schadet, und nur, soferne der erste außerdem sein Grundstück gar nicht benützen konnte, muß der unterliegende sich etwas gefallen lassen, was schon aus dem Pandectentitel de aqua pluvia arcenda kömmt, und gleichwohl mit einiger Unbestimmtheit in die Interpretation des Art. 640 des Code übertragen ist. Außerdem aber muß alles Recht des Einen und andren Theils in diesem Falle durch einen Titel der Servitut oder durch 30jährige Verjährung begründet seyn. Das letzte ist deshalb wichtig, weil gerade die Römer hier den unvordenklichen Besitz hatten, den sie vielleicht auch noch in andern Lehren anwendeten, der aber im Code überhaupt nicht vorkömmt.

Wenn nun aber bei dem fließenden Wasser und zwar nicht blos, wo das Bett domaine public ist, sondern auch sonst kraft des polizeilichen Rechts eine Art von Einwirkung gelassen ist, und daher oft ein Streit der Administrativbe-

---

Privatrecht hier weder eine allgemeine noch eine besondere Particularquelle hat. Mittermaier §. 222. Elvers a. Schrift. Nur wo das Recht der Regalität eingreift, gibt es einen festen germanischen Boden.

28) Zachariä II. §. 235. Note 2.

hörden mit den Gerichtsbehörden ausbricht, zumal gerade auch an die letzteren das arbitrium gestellt ist, so ist gewiß:

a) daß die Administrativbehörden keineswegs ein Recht bestellen können, welches eine Aehnlichkeit zur Dienstbarkeit hat, oder das Verhältniß mehrerer Anlieger gegeneinander und zueinander regulirt, sondern daß die Administration nur vergünstigungsweise die Verhältnisse ordnen oder bei einem Vergleiche intercediren kann,

b) daß dagegen die Gerichtsbehörde nicht nur die Grenzen der Anlieger, die Wasserleitung des einen und andern, insbesondere auch den Besitz u. s. w. reguliren darf, und daher vordersamst auf dem Wege des Vergleiches es zu bewirken suchen muß. Im Uebrigen werden ohne Vergleich die Rechte der Anlieger nach der Analogie zum condominio des Beets bestimmt, ferner wird dem Einen eine Veränderung ohne Beistimmung des Andern untersagt, die Benützung des Wassers aber nach den individuellen Bedürfnissen bestimmt, worüber sich freilich allgemeine Regeln nicht geben lassen. [29])

§. 8.

Von der Wasserleitung, welche keine willkürliche Servitut ist.

Wenn aus einem öffentlichen Flusse bei den Römern, d. i. aus einem solchen, welcher fließendes Wasser einer Reihe von Angrenzern (rivales) gibt, Jeder das Recht hat, Wasserleitungen zu machen, so ist dieses keine Servitut, sondern ein jus commune, welches freilich nicht mißbraucht werden darf, weder des Schiffens wegen, noch um dem Flusse eine andere Richtung zu geben, als er im vergangenen Sommer hatte, und weßhalb überall durch prätorische Interdicte geholfen werden konnte. [30]) Wer eine Brücke über einen solchen Fluß macht, hat auch kein Privatrecht [31]), sondern übt ein jus commune aus.

Etwas Anders steht die Sache im französischen Rechte. Das Wasser gehört den Rivalen. Sie können es daher kraft

29) Maleville ad art. 645. Toullier III. 136. Pardessus Nr. 104. Daviel traité, II. 580. Die Sprüche sind hier natürlich widersprechend.
30) Dig. 43. 8. 12. 13. 14.
31) l. 4. D. 43. 12.

Digitized by Google

ihres Eigenthums leiten, und nur in der Concurrenz werden sie nach dem vorigen §. ex arbitrio der Administrationsbehörde oder der Richterbehörde beschränkt.

Ebendeßhalb ist aber auch anzunehmen, daß, weil hier eine Art von Privateigenthum eintritt, der eine Theil sich dadurch helfen kann, wenn er sich auf die dreißigjährige Verjährung beruft.[32] — Bei den Römern kam auch hier die vetustas vor.[33]

§. 9.

Von der aqua pluvia.

Das Wasser entspringt entweder auf der Erde in der Art, daß es ex capite perennirend hervorquillt, eine perpetua causa juris gewährt, und entweder das Eigenthum einem Einzelnen am Beete und am Wasser zusteht, oder daß es verschiedene Eigenthümer und verschiedene rivales hat, wenn es auch nicht schiffbar ist: oder es ist aqua pluvia d. h. Wasser, was von Zeit zu Zeit vom Himmel kömmt. Es wäre freilich auch möglich, daß allmählig aqua perennis dadurch genährt wird.[34] Oft gibt es Seen, die nur aus Regenwasser bestehen, hieraus kann dann keine Wasserleitung gemacht werden, und die Wasserleitung besteht also nur bei der causa perennis oder perpetua. Hat der See aber fließendes Wasser zum Zugang, so gestaltet sich die Sache anders.

Das Wasser der fließenden Quellen ist nach der beständigen Natur derselben regulirt: anders aber sieht es mit demjenigen Wasser aus, was der Himmel von Zeit zu Zeit über die Erde führt. In dieser Richtung entscheidet eigentlich dasjenige, was in der Ueberschrift des I. Capitels des IV. Titels liegt.

„Von den Dienstbarkeiten aus der Lage der Orte.“

Eigentlich entstanden bei den Römern nur obligationes, und im französischen Rechte, wo die alte Bedeutung

32) Duranton V. Nr. 209. 221. 227. Proudhon III. 1078. IV. 1435.

33) Elvers S. 456.

34) Vom Brunnen- und andern künstlichen Wasser ist hier nicht die Rede; es wird auch nicht der aqua pluvia gleichgehalten.

Digitized by Google

des jus reale so zusagen gar nicht vorkömmt, ist es auch nur eine obligatio: freilich in rem scripta, weil der jedesmalige Besitzer des Grundstücks sie tragen muß. Der natürliche Gedanke ist nur der, daß der Berechtigte gehalten ist, diese Last dem Verpflichteten auf keine Weise zu erschweren. Daraus folgt zunächst:

a) der Berechtigte darf keine Graben machen, es wäre denn, daß diese dem Verpflichteten nicht schaden. Nur zur Begünstigung des Ackerbaues waren die Römer hier freier, wenn nämlich sonst auf den Feldern gar nicht gepflügt oder gesäet werden kann, doch darf der Berechtigte dadurch keinen eigenen Zusammenhang der Gräben, um das Wasser zusammen zu leiten, veranlassen.[35]) Das französische Recht spricht über diesen Fall nicht; allein schon der Analogie zum Art. 645. wegen darf man das römische Recht annehmen.

b) Der Berechtigte darf das Wasser auch wo anders hinwenden, denn der Dienende hat keinen Anspruch darauf.[36]) Sollte jedoch der Bererechtigte eine böse Absicht dabei haben, so kann er allerdings gezwungen werden, dem Wasser seinen Lauf zu lassen. Es wäre nämlich möglich, daß der Untenliegende gewisse Vorrichtungen und Anstalten getroffen hätte, denen jetzt das Wasser fehlte, weil der Berechtigte es ableitet. Daß hier der dolus schade, ist ausdrücklich in Betracht genommen.[37])

c) Auch hier kömmt es endlich wieder darauf an, ob der Berechtigte das Wasser gefangen hat, oder ob es frei ist; im ersten Falle, sowie kein dolus dabei ist, kann der Untenliegende nichts verlangen; im andern Falle kann er auf der Freiheit des Wassers bestehen.[38])

d) Insbesondere ist hier noch das Dach-Wasser wichtig, wovon die Römer weniger wußten, wie wir. Das Wasser kann nicht, wie in Italien nach einer Seite geleitet werden, sondern da, wo nicht eine ordentliche Dachrinne ist, strömt es den Dächern entlang. Daher ist der Art. 681. des Code.

---

35) l. 1. §. 3. — 7. D. 39. 3.

36) l. 1. §. 21. D. cit.

37) l. 2. §. 9. D. cod.

38) l. 1. §. 11. D. cod.

Digitized by Google

In Italien schadete es nichts, wenn die fremde Wand in des Andern Luftraum auf einen halben Fuß hinauswich, weil daraus keine Incommodität folgte. [39]) Anders in Deutschland, wo die Dächer das Wasser dem Andern zuführen. Der Nachbar braucht also die aqua pluvia von den überreichenden Dächern des Andern auf keine Weise aufzunehmen, wenn nicht eine willkürliche Servitut besteht. —

§. 10.

Von der landwirthschaftlichen Nachbarschaft.

Die Art. 646. 647. 648. sind offenbar aus dem deutschen Rechte genommen; und wenn man eine römische Stelle in der germanischen Welt mißverstanden hat, wie z. B. jenes Durchgangsrecht, welches im Systeme der alten deutschen Landwirthschaft nothwendig ist, so lag das Mißverständniß doch eigentlich nur in der herkömmlichen deutschen Gewohnheit, die man nicht gehörig hervorhob, sondern durch den Buchstaben des geschriebenen römischen Rechts souteniren wollte. [40]) Die Römer hatten ursprünglich ihre Grenzstreifen, dann ihre Vermessungen, und bestimmte Abgrenzungen der Agrimensoren; die agri limitati und arcifinii waren einander entgegengestellt, und wo man nicht gesetzliche Grenzen haben wollte und sollte, also frei bleiben mußte, war am wenigsten eine besondere Abgrenzung nöthig. Der Gedanke, daß man sich zur Abgrenzung verstehen müsse, war bei den Römern nicht gegeben: er fand sich aber in Deutschland schon durch den Übergang aus dem Nomadenleben in das Abmarkungssystem.

Die Umzäunung in Deutschland war in verschiedener Hinsicht nützlich, aber doch in dem Willen des Einzelnen; es ist aber auch hier nur von landwirthschaftlichen Gütern die Rede [41]), sie hatte im Mittelalter also nicht die Folge der ge-

39) l. 17. pr. D. 8. 5.

40) Das römische Recht aber spricht nur von dem Wege zum Grabe der Verstorbenen.

41) Pardessus Nr. 117. etwas andres ist die Lehre von den Scheidemauern bei Gebäuden, von den Scheidegräben, Scheidehecken oder hochstämmigen Bäumen, was in die Lehre der mitoyenneté gehört Art. 663 — 673.

Digitized by Google

setzlichen Befriedigung, konnte aber dem Herrn nicht verboten werden. Das römische Recht weiß von diesem Allen Nichts.

Will jedoch Jemand umzäunen, so darf er den rechtlichen Interessen Andrer nicht im Wege stehen, namentlich nicht den Weiderechten, Schäfereirechten, Durchgangsrechten Andrer, gesetzt auch, daß er freier Eigenthümer sey, er darf auch das, was in der alten Verbindung der Gemeinden bei Durchfahrten oder bei dem Durchgange herkömmlich war, nicht aufheben: aber höchst unnatürlich ist die liberale Ansicht des Art.. 648. [42]) —

§. 11.

Berainung oder Begrenzung — sodann Einzäunung oder Umzäunung insbesondre.

I. Der Nachbar kann den andern auffodern, auf gemeinschaftliche Kosten die unmittelbare Grenze zu bereinen. Ist die Grenze gewiß, so kömmt es nur auf die Mittel der Bereinung an. Ist die Grenze ungewiß, dann verbindet sich mit der Bereinungsklage die Theilungsklage, die letztere nach römischen Principien. Die erste ist natürlich deutschrechtlich, aber beide haben gemein, daß sie unverjährbar sind. [43]) Sind die Nachbarn einig und großjährig, so kann ein schriftlicher Vertrag oder ein Notariatsinstrument errichtet werden. [44]) Sind die Betheiligten, oder ist einer davon minderjährig, dann muß ein Prozeß unter Zuziehung von Sachverständigen, nach der Prozeßordnung statt-

42) Eigentlich soll sie nichts andres sagen als

a) der Einzäuner eines Feldes kann dies nur gegen die alte Gewohnheit de la vaine pâture et du parcours, nicht gegen die natürlichen und gesetzlichen Servituten, namentlich nicht gegen den Art. 682.

Pardessus Nr. 134.

b) Der Einzäuner verliert soviel an der alten Gewohnheit de la vaine pâture et du parcours, als er durch Umzäunung vom Gemeinlande Landesfrei macht. Mit Recht erinnert das Tribunat, daß man zu Gunsten der Landwirthschaft das Princip ad a. auch hier sollte walten lassen, und dem Einzäuner Nichts von dem allgemeinen Rechte hätte entziehen sollen. Obs. du tribunat ad art. 648.

43) Toullier Nr. 170.

44) Toullier Nr. 171.

Digitized by Google

finden. [45]) Immer findet ein Prozeß statt, wenn die actio finium regundorum damit verbunden wird. Die Friedensrichter können nur dann erkennen, wenn nicht mit der actio finium regundorum oder auch mit der Vereinungsklage geklagt wird, sondern wenn nur jemand seinen Besitz durch eine Besitzschutzklage sucht, und damit das Wegnehmen der in Jahresfrist gestellten einseitigen Grenzen verlangt. [46]) Außerdem tritt immer der ordentliche Richter erster Instanz ein. Die action de bornage ist aber eine petitorische Klage und man muß sich dabei auf den Titel, oder auf die dreißigjährige Verjährung stützen. [47]) Hat man freilich keines von beiden Fundamenten, und der eine Theil fodert kraft Gesetzes die Vereinung, so bleibt für den Richter nichts übrig als der Besitz. Allein es ist nicht bestimmt, ob dies jeder Besitz sey, oder nur der einjährige. Im Allgemeinen muß freilich dem Richter das letzte refugium bleiben. Sind Titel von beiden Theilen vorhanden, und nicht dieselben, oder hat sich das Land verändert, so tritt das arbitrium judicis ein. [48]) Endlich hat diese Klage nicht nur der Eigenthümer, von welchem allein in der Gesetzstelle die Rede ist, sondern auch der Nießbraucher, Emphyteuta, obgleich Pardessus dawider ist, weil die letzteren an sich nichts gegen den Willen des Eigenthümers vornehmen dürften; allein der Eigenthümer wird natürlich ohne seine Einwilligung nicht gebunden, und die Klage jener Zwischen-Eigenthümer, um sie so zu nennen, ist daher nur eine provisorische. Der Tutor kann sie auch ohne Familienrath anstellen und vollführen. Der Pächter und andre blos persönlich Berechtigte im römischen Sinne haben kein Recht, weil man immer noch Eigenthum und obligatio im Begriffe zu unterscheiden pflegt, wenn auch nicht mehr in der Klage. Hinsichtlich der Mittel kömmt es darauf an:

a) ob man Steine und andre der Nachbarschaft unschädliche Mittel zur Abgrenzung nimmt, oder

45) 172.
46) 173
47) Art. 2240.
48) 176.

Digitized by Google

b) ob Gräben oder Hecken, wo entweder eine mitoyenetè entsteht, oder der eine Theil anderthalb Schuh von der Grenze wegbleiben muß, wenn der andre Theil nicht einwilligt. [49]) —

II. Viele Schriftsteller z. B. Toullier vermischen hier zwei historisch und practisch auseinander liegende Fälle — das landwirthschaftliche Recht der Einzäunung, und das städtische Recht des Abschlusses. Das erste geht auf die Trennung der Grundstücke in einer Flur, und soll durch die Koppelhuth nicht aufgehalten werden, wenn es auch deßhalb einer Entschädigung gilt: das andere bezieht sich auf Häuser, Höfe und Gärten in den Städten und Vorstädten. Das letztere Recht ist hauptsächlich aus der Coutume de Paris aufgenommen, und davon wird unten die Rede seyn. Dahin gehören denn auch die schon oben aufgeführten Scheidegräben und Scheidehecken, welche auch als Grenzzeichen angesehen werden können. Hier aber ist nur ausgesprochen, daß der Landnachbar nicht gehindert werden kann, sein Grundstück abzuschließen, wenn ihm nicht eine gesetzliche oder willkürliche Dienstbarkeit im Wege steht. Wäre freilich die Koppelhuth mit einem einzelnen Nachbar vorhanden, so ist es eine Servitut: die der Gemeinde zustehende Koppelhuth aber soll nicht in Anschlag genommen werden. [50])

§. 12.

Von der Bauordnung, Anschließung und Abschließung, die dadurch entsteht.

Diese ganze Lehre im Code ist aus dem Gewohnheitsrechte der Stadt Paris genommen. Dasselbe findet sich im 9ten Titel der Compilation vom Jahre 1704. und gibt in allen Verhältnissen mit seinen guten, schon auf das römische Recht hinweisenden Anmerkungen den Schlüssel. Geredet wird hier von der Gemeinschaftlichkeit der Mauern, von dem Rechte beider Theile daran, von den Gegenmauern, wo sie nöthig sind, von der Schuldigkeit zur Abtheilung einer eigenen Mauer, um sie zur gemeinschaftlichen zu machen. u. s. w.

---

49) Art. 671. über hochstämmige Bäume daselbst.
50) Toullier 161.

Es wird hiernach mit Rücksicht auf die eben eröffnete Quelle nicht schwer seyn, den Abschnitt I. — V. im zweiten Capitel zu erklären.

§. 13.

Von den Scheidemauern.

Bei diesen Scheidemauern findet ein ähnlicher Grundsatz statt, wie bei dem fließenden Wasser. Der Grund und Boden steht im Miteigenthume wie das Flußbeet, die Mauer selbst aber wird als ein gemeinsames Ganze von beiden Theilen benützt. Man kann daher nicht von einem condominio im Sinne der Römer sprechen, weil weder eine geo- und arithmetrische Theilung angenommen ist, noch auch bei der Auseinandersetzung eine Scheidung und Trennung in zwei Theile möglich wäre, die Mauer ist so zu sagen eine res indivisa und nur die Art der Benützung ist ähnlich wie bei dem fließenden Wasser bestimmt. Die französischen Rechtsgelehrten z. B. Pothier[51]) und Toullier haben folgenden Gedanken, sie stellen sich die Theilbarkeit der Mauer vor, glauben jedoch, daß sie durch das Gesetz zu einem untheilbaren Object gemacht worden sey. Immer aber muß man annehmen, daß wenn auch Jeder der beiden Theilhaber die ganze Mauer benützen kann, er doch bei der eigenen Benutzung, soweit von der Benützung der ganzen Fläche der Mauer zurückbleiben muß, daß auch der andre Theil sie benützen kann, soferne er die Mauer zur gemeinschaftlichen gemacht hat.

Im Uebrigen ist der Art. 653. des Code, der so lautet:

„Jede Scheidewand zweier Gebäude bis zum First, jede Scheidemauer zwischen Höfen, Gärten oder geschlossenen Aeckern, wird für gemeinschaftlich angesehen, insofern weder ein schriftlicher Beweis noch ein sinnliches Merkmal des Gegentheils vorhanden ist,“

für Deutschland sehr gefährlich,[52]) einmal weil wenn die Mauer nicht gemeinschaftlich ist, der andre Theil sie jeden Augenblick abkaufen kann, das andermal, weil Geschworene bei

51) Appendice au Contrat de société Nr. 199. Toullier Nr. 183.

52) v. Hohnhorst Jahrbücher des Oberhofgerichts zu Mannheim III. 268.

Digitized by Google

jeder Unverläßigkeit ihres Urtheils, statt auf juristische Beweise zu sehen, sich auf die praesumtio juris dieses Artikels berufen.[53]) Endlich ist wohl zu erwägen, daß in Deutschland die Häuser ehedem nicht nach dem Art. 654. des Code gebaut wurden,[54]) auch jetzt noch nicht so eingerichtet werden, und jeder Gebrauch einer fremden wie hier einer Pariser Gewohnheit für ein andres Land von den schwersten Folgen ist. Nicht das im Code enthaltene römische Recht welches als rationell leicht allgemeinen Eingang finden kann, und auch die ganze Methode des Code ergriffen hat, sondern die so oft gepriesenen deutschen Gewohnheiten sind die Fehlseiten des Code für Deutschland.

Im Einzelnen ist nun Folgendes zu bemerken:

I. Bei der Scheidemauer wird angenommen, daß der Boden zu der einen Hälfte dem einen, und zu der andern Hälfte dem andern Eigenthümer des Nachbarbodens gehöre. Will daher Jemand eine privative Mauer zur gemeinschaftlichen oder Scheidemauer machen, so muß er vor Allem die Hälfte des Bodens bezahlen, worauf die Mauer steht, sodann die Hälfte des Werthes der Mauer, der nur durch Sachverständige ermittelt wird, und keineswegs die Hälfte dessen was sie gekostet hat.[55]) Ist die Scheidemauer zu verstärken, so muß der Betheiligte dieses auf seinem Gebiete thun, und zwar auf eigene Kosten. Die Mauer wird dann dennoch eine Scheidemauer, hätte aber der andre Theil von seiner Seite zur Unterhaltung oder Erhöhung einen Aufwand zu machen, so muß er entschädiget werden. Die Entschädigung steht aber im arbitrio des Richters, die Pariser Gewohnheit nimmt $^1/_6$ des Werths der Erhöhung an[56]); allein die Manchfaltigkeit des Preißes einerseits, (es kömmt darauf an, wozu der

53) Auch in Baden ist hier niemals auf die Verhältnisse des ältern Rechts geachtet worden d. h. in jedem Streite haben die Sachverständigen nach der Präsumtion der Art. 653. entschieden.

54) Äußere Kennzeichen der Privatmauern.

55) Pothier Append. au contrat de societé Nr. 212 den Grund sieh bei Toullier Nr. 205.

56) Art. 197. — der Pariser verstärkten Gewohnheiten.

Erbauer die Mauer benützt) und des Zweckes des Berechtigten andererseits, macht diese abstracte Grenze unräthlich. [57])

II. Die Scheidemauer als solche wird nach ihrer ursprünglichen Richtung von beiden Theilen benützt: wenn der eine Theil aber sie überbaut, so geht soweit Benützung, Pflicht und Recht an den Ueberbauer über; auch muß der Nachbar wegen aller Nachtheile des neuen Baues namentlich der Benützung des nachbarlichen Grundstücks für den Bau selbst entschädigt werden. [58]) Will der Nachbar die Scheidemauer aufgeben, so geschieht es durch eine bloße Dereliction; [59]) er kann aber später wieder die Mauer als eine Scheidemauer durch den ordentlichen Weg erwerben, und es wirkt hier keine Art von Verjährung. [60])

III. Diejenige Mauer, welche keine Scheidemauer ist, ist privative- oder Grenzmauer (le mur joignant l'heritage d'autrui) und dies ist gegen den Art. 654. gewiß auch dann anzunehmen, wenn zwischen zweien Mauern in der Mitte ein Stückchen Land ist, auch wenn dasselbe nicht gemeinschaftlich wäre, so, daß man sieht, wie der Art. 654. keineswegs vollbefriedigende Resultate gewährt. [61])

IV. Bei einer Grenzmauer muß der Eigenthümer derselben die Ausbesserung von seinem Grund und Boden aus vornehmen, und darf keineswegs den Boden des andern in Anspruch nehmen, wenn er nicht eine Servitut hätte. [62])

Diese Lehre ist in den Code nicht sorgsam aufgenommen und daher wird hier mit einiger nachbarlichen Billigkeit ver-

57) Sieb Cod. Art. 658.

58) Ausbessern der Dinge, die etwa an die Zwischenmauer angelehnt sind. Toullier Nr. 208. wegen der voluptuären Dinge, die untergehen Nr. 209. Das Abbrechen der Mauer muß sich aber der Andre gefallen lassen. 210.

59) Art. 656. Die Dereliction findet natürlich nicht statt; wo die Scheidemauer eines Andern Gebäude tragen muß. Toullier Nr. 217.

60) Toullier Nr. 221. Nach französischem Rechte entsteht hier in jeder Beziehung eine actio in rem scripta. in Baden aber muß die Inscription bewirkt seyn.

61) Wir halten sie daher mehr für exemplificative wie als restrictive.

62) Merlin voce tour de l'echelle.

fahren werden müssen, zumal die Aufräumung bei dem Nachbar ohnedies und unumgänglich nothwendig werden wird.

V. Nur die Scheidemauer können beide Nachbarn benützen, und zwar so, daß der Eine bis auf 2 Zoll gegen den Nachbar Balken eintreiben darf, der andre aber wenn er es nöthig hat, die Balken bis auf die Hälfte des Durchschnitts der Mauer wieder abstoßen darf.[63]) Dasselbe darf er auch thun, wenn er einen Kamin an der Wand hinaufgehen lassen will. Will der Nachbar an der erhöhten Mauer Theil nehmen, und zwar in der angegebenen Art, so kann er dieses wenn er einmal die Hälfte des Preißes der Mauer und das andermal die Hälfte dessen bezahlt, was etwa die Verdickung der Untermauer gekostet hat.[64])

VI. Eine Scheidemauer ist keineswegs eine res solida für beide Theile, denn der andre Theil muß vorher über die Absicht des Neubauenden belehrt seyn, und ist lediglich an seine besonderen oder an die angegebenen gesetzlichen Rechte gebunden.[65]) — Es ist eine sehr große Frage, ob es nicht besser ist, einzelne Localgewohnheiten, wie sie in Deutschland bestehen, vorkommen zu lassen, als Alles an eine Regel, wie hier zu binden. Nach dieser Regel sind aber auch Localbauordnungen untersagt, denn diese könnten nur durch ein Gesetz eingeführt werden, weßhalb es auch sehr gefehlt ist, wenn z. B. im Großherzogthume Baden eine Bauordnung der Stadt Heidelberg besteht, welche im Communalinteresse gemacht, wenn auch der Regierung vorgelegt ist — und die gar keine gesetzliche Bedeutung haben kann.

Merkwürdig ist, daß in Städten und Vorstädten (denn die Vorstädte von Paris wurden schon in sehr früher Zeit der Stadt gleichgesetzt) Jeder seinen Nachbar anhalten kann, daß er eine Scheidewand für Häuser und Gärten baue, denn gerade das Gegentheil steht für landwirthschaftliche Verhältnisse fest. Eben dieser Punkt könnte es zweifelhaft machen, ob die obenangegebenen Sätze der allgemeinen Bauordnung auch auf die Dörfer gehen, zumal jetzt das mittelalterische Interesse enganeinander gebauter Städte mit Mauern nicht

63) Art. 657.
64) Art. 660.
65) Art. 662.

Digitized by Google

in Betracht kömmt,[66]) und zumal es in den Dörfern auf die Kunstmäßigkeit, Ordnung, und den Werth der Häuser und Plätze wie in den Städten ankömmt, auch es glaublich wäre, daß die Observanzen von Paris nicht blos die Observanz jeder Stadt in Frankreich, sondern auch jedes Dorfes werden sollten: allein die Sache steht gerade umgekehrt, denn der Zweck einer Codification im modernen Sinne des Wortes geht gerade dahin, eine Rechtsbestimmung nur nach ihren Worten allgemein zu machen, und daher ist der Art. 663. allein singulär für Städte und Vorstädte gemeint. Das Resultat ist also Folgendes:

a) wo eine Mauer besteht, treten ganz die oben angegebenen Grundsätze ein:

b) wo aber eine solche nicht besteht, da gilt der Art. 663. nur für Städte und Vorstädte, nicht für Dörfer.[67])

Könnte man im geringsten zweifeln, so wurde schon der Anfang des Art. 653. für uns seyn: dans les villes et dans les campagnes etc. im Vergleiche zum Art. 663.

Im Uebrigen muß man noch auf den Begriff der Scheidewand Bezug nehmen, denn z. B. eine Mauer, die eine Terrasse hält, ist keine Scheidemauer.[68]) Im Zweifel soll jede Scheidemauer 8 Fuß hoch seyn.[69])

§. 14.

Von der mitoyenneté unter den Eigenthümer verschiedener Stockwerke — und der mitoyenneté der Graben und Hecken.

Beide Verhältnisse gehören eigentlich nicht hieher: allein im ersten Falle wollte man das Rechtsverhältniß der super-

66) Ganz anders war das Verhältniß der römischen insulae. Toullier Nr. 161.

67) Die Höhe dieser Mauer ist zuvörderst nach den bestehenden Localbauordnungen und Ortsgebräuchen zu bestimmen. Außerdem soll in Städten über 50,000 Seelen die Mauer 32 Decimetres (10 Fuß) in den übrigen Städten 26 Decimeter (8 Fuß) hoch seyn. Im übrigen kömmt es auf die Privatvereinigung an. Zachariä II. 42. und jedenfalls ist blos die äußere nicht die innere Seite der Mauer anzusehen.

68) Toullier Nr. 185.

69) Art. 665.

ficies gleichsam bestimmen, wobei man annahm, es sei doch eine Art von gemeinsamem Rechte da, welches man nur besser nach römischer Weise hätte unterscheiden und ausführen sollen: — im andern Falle aber wollte man, da man doch auch schon von den Bauten auf den Dörfern gesprochen hatte, dasjenige mit in Betracht nehmen, was hier die Häuser und Grundstücke mit ihren Appertinenzen abgrenzt und abschließt, so daß mehr eine Rechtsanalogie, als ein historischer Zusammenhang entscheidet, weßhalb auch schon oben vom letzteren Falle die Rede war.

I. Die römische Lehre von der superficies tritt in dem Code sehr verändert auf. [70])

a) Nach dem Art. 552. sollte man glauben, daß derjenige, der auf einem fremden Boden ein Gebäude errichtet, dieses Gebäude zum Eigenthume des Herrn des Grund- und Bodens mache. Ob dann nur der letztre Herr oder ob auch der Erbauer, der sich durch einen Vertrag eine Art von Eigenthum verschaffen kann, das Haus zu verpfänden im Stande ist, wird sehr gefragt besonders in Deutschland, wo solche superficiarische Rechte bestehen. Wir zweifeln nicht, daß auch hier das nicht wiedersprechende römische Recht seinen guten Grund habe, und daß der Superficiar das Haus, wie sein Eigenthum, zu genießen, zu verkaufen und es zu verpfänden, das Recht haben werde. [71]) Da dieser Fall im Code selbst nicht entschieden ist, und die Ausdehnung nach dem jure stricto zu großen Inconsequenzen führen würde, indem z. B. ein Pfandgläubiger um sein Recht kommen könnte, so war es nöthig, der Sache hier zu gedenken.

b) In dem Art. 664. ist die Rede davon, wenn verschiedene Stockwerke eines Hauses verschiedenen Eigenthümern gehören, wo nach römischen Rechte abermals eine superficies vorkömmt, die Bestimmung des Code aber eigenen Gebräuchen folgt. Der Code nimmt hier eine sonder-

70) Proudhon im achten Bande seiner Lehre vom ususfructus behandelt auch die superficies und nimmt gerade zu an, daß, obgleich der Code die Lehre übergangen habe, sie doch in verschiedenen Departements von Frankreich bestehe, und rein aus dem römischen Rechte erklärt werden müsse.

71) Meine Zeitschrift II. S. 404.

Digitized by Google

bare communauté an, die er wieder unter dem Standpunkte der servitudes vorträgt. Pardessus meint, es sey keine communauté vorhanden, sondern eine servitude indivisible, aber auf den richtigen Standpunkt der superficies kömmt er nicht. Das Untheilbare nimmt er nicht im römischen Sinne der Solidarität, sondern nur im Gegensatze zu dem arithmetrischen Verhältnisse des Miteigenthums an. In der That ist diese Lehre keineswegs nach Principien bestimmt, am wenigsten etwas über die Natur der Klage gesagt, sondern nur ein Auskunftsmittel über das Tragen der Lasten getroffen. Im Ganzen haben die Franzosen auch immer gesagt, es richte sich hier Alles nach dem Buchstaben des ausdrücklich gegebenen Gesetzes. Dieses aber unterscheidet so:

α) es gibt gemeinschaftliche Kosten für alle Eigenthümer der verschiedenen Stockwerke: nämlich die Kosten der Hauptmauern und des Dachs mit den Kaminen, die durch das Dach laufen, auch die Kosten der Treppe vom obersten Stock in das Dach müssen alle tragen und zwar im Verhältnisse des Werths jedes Stockwerkes, z. B. das Haus hätte 2 (bei uns oft 3) Etagen, das Stockwerk des rez de chaussee wäre 10.000 fl. werth — der mittlere Stock 20,000 fl. und der höchste 10,000 fl., so würden der erste und dritte jeder ¼ und der mittlere die Hälfte tragen.

β) es gibt einfache Kosten, denn der Eigenthümer eines jeden Stockwerks macht den Fußboden, worauf er geht, sammt seiner obern Bekleidung und die Decke oder untere Bekleidung des Fußbodens eines höheren Stocks. Der Eigenthümer des zweiten Stocks macht die Treppe, welche dahin führt u. s. w.

Es können allerdings noch andre Richtungen der Unterhaltung vorkommen, welche jedoch nach der hier angegebenen Analogie entschieden werden müssen.

Ueber dies Alles kömmt man hinaus, wenn die Partheien bei der Vertheilung des Hauses nach Stockwerken durch einen eigenen Vertrag über diesen Punkt sich hinausgesetzt haben.

§. 15.

Fortsetzung. Von den Gräben.

II. Alle Graben zwischen zwei Grundstücken werden für

gemeinschaftlich geachtet, insoferne weder schriftliche Beweise noch Merkmale des Gegentheils vorhanden sind. Ein Merkmal, daß der Graben nicht gemeinschaftlich sey, ist es, wenn der Rain oder der Aufwurf der Erde sich nur auf einer Seite des Grabens befindet. Eine andre Vermuthung ist nicht aufgestellt, daher wiegt hier der schriftliche Beweis so viel. Wo es daher der Zustimmung eines Betheiligten bedarf, muß diese im Allgemeinen nachgesucht werden. Der Zeugenbeweis kann hier nicht entscheiden, denn es handelt sich von einem Grundrechte, dont la valeur est indefinie.[72])

Viele behaupten übrigens, auch durch die Ersitzung könne hier geholfen werden; allein es müßten hier gewisse Handlungen vorausgehen, aus welchen der Besitz angenommen werden könnte. Viele behaupten daher, die Ersitzung könne nur dann helfen, wenn das angegebene Merkmal, daß der Aufwurf auf der einen Seite liege, 30 Jahre lang vorhanden sey, wodurch die Ersitzung selbst eintrete; allein das Merkmal genügt ja von selbst, wenn kein entgegengesetzter Titel bewiesen ist. Sehr hat man gestritten, ob bei einem solchen Graben eine Besitzschutzklage stattfinde, worauf zuletzt Pardessus Nr. 183. eingegangen ist, nachdem er früher andrer Meinung war. Ist dies freilich möglich, so läßt sich auch darnach eine Ersitzung annehmen. —

§. 16.

Fortsetzung. Von den Hecken.

Hier wird die mitoyenneté der Hecken fast strenger angenommen, wie bei den Mauern und Gräben, und zwar deßhalb,

a) weil keine praesumtio für das Gegentheil aufgestellt ist

b) weil auf eine possession suffisante[73]) sich bezogen wird.

---

72) Wer daher eine Zustimmung, eine Scheidemauer zu benützen durch Zeugen nachwiese, müßte bei dem Wiederspruche des Betheiligten weichen. Dahin mußte nach altem Pariser Rechte der Maurer den Betheiligten aufmerksam machen und für die Scriptur sorgen, (Art. 203.) Jetzt muß der Nachbar es thun.

73) Art. 670.

Digitized by Google

Allein man sieht hier klar, wie das Gesetz strenggenommen in den einzelnen Merkmalen keine Ausschließung ausdrücken wollte, indem doch auch hier der Gegenbeweis des Alleineigenthums zugelassen ist, schon deßhalb, weil auf den Besitz verwiesen wird. Es hat Einige gegeben, die hier Alles auf den Besitzstand beziehen wollten, der bei den Scheidemauern und Scheidegräben nicht stattfinden solle: allein schon oben ist angegeben, daß der Art. 3. und 38. des Code de procedure, die auf das Gesetz v. 24. August 1790. (tit. 3. art. 10.) hinweisen, offenbar auch den Besitz und dessen Schutz und dessen Unterbrechung bei den Scheidegräben (Art. 666.) dann ebenso bei den Scheidemauern (Art. 655) voraussetzen, so daß die Bemerkung im Art. 670. keine Ausschließung der andern Rechte der mitoyenneté ist, sondern vielmehr eine Bestätigung.

Im Uebrigen bezieht sich diese Lehre nicht auf die trockenen und todten Hecken, die vielmehr für solche Scheidungen angesehen werden, an welchen die mitoyenneté nicht stattfindet wie z. B. bei Holzstacketen auch wenn ein Mauerstein oder ein Maueranhalt dabei wäre [74]). Es bedarf hier auch nicht der Beobachtung einer Distanz, wenn nicht besondere Ortsgewohnheiten dieses verlangen, und da in solchen Fällen durch äussere Zufälle oft eine Veränderung vorgeht, z. B. durch Wind oder Erneuerungen, so soll aus solchen trocknen Hecken oder Grenzzeichen weder etwas über den Besitzstand noch über den Rechtsstand abgeleitet werden [75]).

Möglich ist es, daß lebende Hecken mit lebendigen Bäumen besetzt sind. Es versteht sich denn, daß die Früchte derselben, sowie überhaupt das Holz, was hier abfällt, unter

74) Pardessus Nr. 187. Ganz unrichtig bei Zachariä, § 239. III. denn der Satz lex non distinguit paßt schon seiner Natur nach nicht auf bloße Abgrenzungen durch Pfähle u. s. w. Wie sollte man auch nach Duranton unterscheiden, ob nur das eine Grundstück eingeschlossen sey? Es geht auch Alles schon aus der Art der Unterhaltung hervor, denn einen solchen todten Scheidezaun muß nothwendig der Eigenthümer unterhalten

75) Pardessus l. c.

Digitized by Google

die beiden Mittheilhaber abgetheilt wird [76]). Im übrigen kann der eine Mittheilhaber auch diese mitoyenneté aufgeben, wenn er die Lasten nicht tragen will, denn es ist dieses ein allgemeines Recht.

Im übrigen ist überhaupt das Recht der mitoyenneté im Code sehr sonderbar, denn es ist nicht auf die einfachen Grundsätze des Eigenthums oder Miteigenthums, die aus dem römischen Rechte kommen, hingeführt, sondern durchaus auf das Verhältniß der besonderen Rechte oder Servituten, bei denen die alte deutsche Verjährung der 30 Jahre entscheidet [77]).

Sollte neben einer Hecke noch ein Graben sein, und der Graben gehörte wegen des aufgeworfenen Rain's dem einen Besitzer, so gehört ihm gewiß auch die auf dieser Seite gelegene Hecke. Aber gesetzt auch, es wäre ein Scheidegraben, so würde doch die Hecke demjenigen allein gehören, auf dessen Seite sie liegt [78]).

Die mitoyenneté hat auch noch das Eigene, daß sie sich nicht nach den Grundsätzen des römischen Miteigenthums bestimmt z. B. der eine Theil verlangt das Abhauen eines Baumes, der in der Hecke steht, so muß der andere Theil sich dieses gefallen lassen [79]).

Wenn endlich keine Scheidehecken vorhanden sind, so muß der Eigenthümer seine lebendige Hecke 1½ Schuh [80]) von dem Auslaufe seines Eigenthums pflanzen, und hochstämmige Bäume 6 Schuh davon [81]). Verschieden sind hier die sogenannten Spalierbäume, die unmittelbar an die Grenze gestellt werden dürfen. Indessen entsteht auch bei hochstämmigen Bäumen ein Besitzstand, der nach 30 Jahren auch ohne Rücksicht der bona fides in das Eigenthum hin-

76) Pardessus l. c.

77) Poullaire Duparc, princ. du droit Francais und alle alten französischen Schriftsteller dieser Art (lib. 4. ch. 7. Nr. 18. 23.)

78) Pothier contr. de societé. Nr. 225.

79) Art. 673.

80) ½ metre.

81) Deux metres in der französischen Darstellung.

Digitized by Google

überführt [82]). Früher aber hat der Betheiligte ein Recht das Wegschaffen der Hecken und Bäume durch eine Klage zu verlangen. Aber selbst anlegen darf er die Hand nicht, nur die Wurzeln darf er abstoßen, die auf sein Gebiet herübereichen [83]).

§. 17.

Von den Bäumen, welche an den Grenzen stehen oder als Grenzscheiden betrachtet werden.

Bei dieser Gelegenheit ergibt sich aus dem bisherher Vorgetragenen das Recht der Bäume, die an der Grenze stehen.

Nach dem römischen Rechte ist ein auf der Grenze stehender Baum eine res, quae pro diviso habetur d. h. wenn der Stamm auf beiden Fluren steht, so sieht man bald, welche Aeste dem einen und welche dem andern Theile zugehören. [84]) Aber wird der Baum abgehauen, dann bleibt nicht dieses Verhältniß, sondern es bilden sich an dem vom Boden gelößten Stamme Intellectualtheile. [85]) Natürlich kann nicht angenommen werden, daß jetzt beide Nachbarn gerade denselben Theil, also die Hälfte an dem Eigenthume des Baumes haben, sondern wie Paulus richtig sagt:

sed naturali convenit ratione, et postea tantam partem utrumque habere tam in lapide, quam in arbore, quantam et in terra habebat.

82) 671. Ob aber, wenn die alten Bäume ausgehauen werden, derjenige, welcher neue Bäume setzen will, sich auf die Ersitzung berufen kann, ist zweifelhaft, siehe z. B. Duranton V. 391. Dagegen ist Pardessus Nr. 195. der die Ersitzung zuläßt, und auch mit Recht nichts darauf gibt, daß der Baum ursprünglich als junger Baum keinen Schaden gethan hat.

83) Art. 672.

84) l. 19. pr. D. 10. 3.

85) l. 83. D. 17. 2. Pardessus beruft sich auch auf dieses Gesetz Nr. 198. und dieses hat in der Regel Anwendung, wenn der Baum mit gegenseitiger Einwilligung zum Gemeingute gemacht ist: nicht aber wenn der eine Theil, zu weit in dem Pflanzen des Baumes gegangen ist, und deßhalb seinen Baum abhauen muß, wo er natürlich sein Recht an dem abgehauenen Stamme behält. Das erste hat natürlich Anwendung, wenn die Bäume nach dem Rechte der mitoyenneté beurtheilt werden.

Digitized by Google

Bei dem Steine läßt sich der Antheil leicht ausmessen, bei den Bäumen ist es schwieriger, aber auch hier läßt es sich durch eine Proportion finden. Z. B. ½ ¼ u. s. w.

Die Franzosen haben folgende Grundsätze:

1) wenn der Stamm auf dem Grund und Boden des Einen steht, so ist gewiß, daß auch alle Früchte und Aeste, selbst wenn sie in des Nachbars Gebiet hinüberreichen, dem ersten gebüren [86]). Ob nun aber der Berechtigte die Früchte auf dem Grundstücke des Nachbars auflesen darf, ist sehr bestritten, denn das interdictum de glande legenda kömmt im Code keineswegs vor. Es gibt hier zwei Meinungen, der eine Theil behauptet, das römische Recht diene auch hier als raison ecrite, weil ja sonst dem Eigenthümer das ganze Recht auf seinen Fruchtgenuß entzogen werde, und indirect der Nachbar das Recht des Fruchtgenußes habe, und dieser Meinung wollen auch wir beistimmen. Der andre Theil leugnet das Recht, weil eine gesetzliche Weggerechtigkeit im Code nicht bestellt sey [87]): allein auch sonst folgt aus der Ansicht des Code, daß adminicula juris zu jedem Rechte von selbst sich verstehen — also da hier dem Eigenthümer ein volles Fruchtgenußrecht gegeben ist, so versteht sich die gesetzliche Servitut von selbst. In der That bemerken auch alle Schriftsteller, daß das Anführen dieses Interdicts nur bei der schnellen Verfertigung des Code vergessen worden sey, und daher hinein interpretirt werden müsse. —

2) Grenzbäume bleiben allerdings im Eigenthum ihres Herrn, müssen aber, wenn sie hochstämmig sind, 2 metres in Entfernung gehalten werden, soferne nicht eine Dienstbarkeit oder eine Ortsgewohnheit nachzuweisen ist. Gewiß ist es, daß der Umstand, der Nachbar leide keinen Schaden, nicht entscheidend werden kann: aber weniger gewiß ist es, ob in Deutschland, wo das gemeine römische Recht entgegenstand, dieses nicht als entgegengesetzte Gewohnheit angesehen werden könne; allein auch dies müssen wir läugnen, weil die Gewohnheit sich erst seit dem Bestehen des neuen

86) Sieh die alten Schriftsteller Duparc Poullaire princ. tom VIII. p. 31. Coquille, le nouveau Denisart v. Arbres.

87) Sieh die Literatur bei Zachariä §. 242. der die letzte Meinung hat. Sieh Merlin, Toullier, Pardessus.

Digitized by Google

und französischen Gesetzes als Widerspruch gegen dasselbe müßte gebildet haben, oder doch nachzuweisen seyn müßte, daß man auf das französische Recht in Rücksicht auf die bisherige Sitte nicht geachtet habe. Sind die Bäume nicht in der angegebenen Entfernung, so hat der Herr derselben nur das Recht auf den abgehauenen Stamm, nicht aber auf den Baum selbst. Gehen die Aeste zu weit, so kann auch hier der Nachbar die Abnahme derselben verlangen, aber sie nicht selbst kürzen. [88]) Von dem interdicto de arboribus caedendis aber weiß man in Frankreich nichts, denn abgesehen davon, daß auch bei uns dessen Gebrauch und Umfang nicht klar ist, zumal man das Verhältniß der 15 Fuß auch in Frankreich nicht gehörig angewendet hat, so darf man sagen, daß der Art. 672. der ganzen Lehre abgeholfen hat, indem er ihr in der neuen Fassung eine richtigere Gestalt gab [89]).

3) Sind die Bäume wirklich als Grenzen benützt, dann erscheinen sie im französischen Rechte bis zu dem Augenblicke, wo sie abgehauen werden, [90]) nicht als Miteigenthum, sondern nach dem Standpunkte einer ungetheilten Servitut für beide Theile, woraus namentlich folgt, daß Keiner der beiden Theile ohne Einwilligung des Andern an der Sache etwas vornehmen darf. — [91])

§. 18.

Von der Entfernung und von den Zwischenmauern bei gewissen Bauanlagen.

Die Franzosen haben von der Baufälligkeit eines Hauses nichts in den Code gebracht, weil sie auch hier die polizeiliche Versorge hatten: allein sie wollten verhüten, daß der Nachbar nicht neue Einrichtungen mache, die dem Andern einen positiven Schaden verursachen. Dennoch fanden sie hier große Schwierigkeiten:

88) Pardessus Nr. 196.

89) Pardessus Nr. 196.

90) Sieh oben Note.

91) Von den Bäumen, die auf öffentliche Wege im Gegensatze der route nationale gestellt werden. Toullier Nr. 237.

a) in der Bestimmung dieser Einrichtungen,

b) in der Angabe der Mittel dagegen.

In der ersten Hinsicht sind im Art. 674. offenbar nur Beispiele angegeben, wie dieses theils Franzosen z. B. Pardessus und Andere, theils Deutsche z. B. Zachariä mit Recht annehmem. In der andern Hinsicht ist Alles auf die Ortsgebräuche gestellt, aber es ist nicht gesagt, was geschehen soll, wenn solche nicht vorhanden sind. Ist fest entschieden, daß ein Fall der angegebenen Art vorhanden sey, namentlich ein in dem Gesetze selbst entschiedener, dann müßen beide Theile dem arbitrio judicis sich unterwerfen. [92])

Wer auf einem Grundstücke einen Brunnen [93]), oder eine Grube für einen Abtritt, oder eine Feuereße, oder einen Feuerheerd, oder ein Hammerwerk, oder einen Ofen, oder einen Viehstall, oder ein Salzmagazin, oder eine Niederlage für ätzende Materialien anlegen will, muß diese Anlagen in einer gewißen Entfernung von der Grenz- oder Scheidemauer des Nachbarn machen, oder doch dasjenige vornehmen, was den Nachbar vollkommen schützt.

Wenn nun dieser Satz auch auf andre Verhältnisse anzuwenden ist, so müssen sie doch streng analog seyn, d. h.

a) der Eigenthümer darf im Allgemeinen nicht in der Benützung seines Eigenthums gestört werden, denn er kann daßelbe in der Regel bis an die Grenze benützen,

b) der Nachbar kann sich nicht beschweren, daß ihm ein Vortheil entgehe, welchen er sonst gehabt haben würde,

c) der Nachbar muß Alles aufnehmen, was neue Einrichtungen des Nachbars bieten, wenn nicht eine wirkliche oder zu befürchtende Gefahr seiner eigenen Baulichkeiten entsteht.

In dem Gewohnheitsrechte von Paris (Art. 188—193.) waren besondre Vorschriften, namentlich von contremurs einer bestimmten Dicke u. s. w. — allein man sah wohl ein, daß man diesen Weg verlassen, und auf speciell Ortsgebräuche sich beziehen müsse.

---

92) Sirey XXIX. I. 204.

93) Die Wasserleitung aber kann ganz nahe an das Eigenthum des Nachbars gehen.

Digitized by Google

Wichtig ist noch, was zu machen sey, wenn ein Eigenthümer zweier Grundstücke solche Anlagen gemacht hat, weil er Herr von beiden ist, ob bei dem Verkaufe derselben der neue Besitzer eine Abänderung in diesem Geiste verlangen kann, da er sich wegen dieser Mängel, die sichtbar sind, hätte sichern sollen. [94]) Endlich wird auch hier die Verjährung eintreten, die als 30 jährige in dieser ganzen Lehre aus dem alten deutschen Rechte angewendet ist? [95])

§. 19.

Recht der Aussicht und des Lichts. (Vue, jour.)

Der Code nimmt hier Rücksicht nicht blos auf die Scheidemauern, sondern auch auf die Grenzmauern, und macht ganz eigene Vorschriften, und man sieht hier recht genau, wie vorzüglich das römische und französische Recht sich voneinander unterscheiden [96]). Das erste läßt nicht nur jedem Eigenthümer einer Mauer das Fensterrecht als eine nothwendige Erscheinung seines Eigenthums zu, sondern gibt auch bei einer gemeinschaftlichen Mauer jedem Einzelnen das Recht, Fenster anzubringen, wenn keiner der andern Theilhaber widerspricht, sondern jeder vielmehr einwilligt. Im römischen Rechte liegt überall das allgemeine und feste Princip aus der rationellen Entwickelung genereller Begriffe zu Grunde [97]).

Im französischen Rechte steht die Sache so:

Die Fenster in einer Mauer sind entweder blos bestimmt, ein Gebäude zu erhellen (jours Lichtfenster) oder zugleich

94) Specielle willkührliche Servitut durch Destination.

95) Offenbar ist dies eine sehr wichtige Seite der neben der römischen Verjährung gehenden Deutschen.

96) Das Fenster- und Lichtrecht nach römischem, gemeindeutschem, preußischem und französischem Rechte von Fahne Berlin 1835.

97) Wer nach römischem Rechte ein besondres Recht haben will z. B. daß der Nachbar keine Fenster mache, oder nicht auf ihn heraussehe, oder daß der Nachbar nichts thue, damit der Eigenthümer volles Licht- und Fensterrecht habe, der muß sich eine Servitut constituiren, und in der letztren Hinsicht entstehen die servitutes luminum, ne luminibus officiatur, und wie uns scheint das Recht, daß der Nachbar nichts thue, unser Licht zu verändern, sondern vielmehr es frei gewähre, (lumina nostra excipere). Wer unsre Fenster nicht verbauen darf, den drückt die servitus fenestrarum.

bestimmt, eine Aussicht zu gewähren (vues Aussichtfenster). Die Fenster der letztern Art stehn, im Verhältnisse zu dem benachbarten Grundstück betrachtet, diesem Grundstücke entweder gegenüber (vues droites) oder zur Seite (vues de coté) je nachdem die Mauer, in welcher die Fenster angebracht sind, entweder der Scheidlinie zwischen beiden Grundstücken parallel lauft, oder mit dieser Scheidlinie einen Winkel bildet. Auch sind die Lichtfenster kleiner, die Aussichtfenster aber der Natur des Gebäudes entsprechend.

Es ist nun so zu unterscheiden:

I. Bei einer Scheidemauer gilt das römische Princip in der Art, daß keiner der Berechtigten ohne Zustimmung des Andern etwas thun darf.[98])

II. Bei einer Grenzmauer kann der Eigenthümer wohl sein Recht ausüben, aber ohne constituirte Servitut nur unter folgenden Beschränkungen:

a) jours, d. h. Lichtfenster kann man nur haben, wenn sie geschlossen und vergittert sind, auch wenn sie unmittelbar an das Grundstück des Nachbars stoßen.[99]) Bei Zimmern auf ebener Erde müssen sie acht Fuß, bei andern 6 Fuß über dem Zimmerboden erst anfangen,

b) vues, d. h. Aussichtfenster (daher auch Erker und andre Vorsprünge) darf man gerade zu haben, wenn des Nachbars Grundstück eingeschlossen ist oder nicht, sofern zwischen der äußersten Linie des Gebäudes oder des Vorsprungs und zwischen der Grenzlinie des benachbarten Grundstücks ein Abstand von 19 Decimeter (6 Fuß) ist. Seitwärts muß die Entfernung 6 Decimeter oder 2 Fuß sein.[100]) In dem ersten der beiden Fälle nimmt man an, daß man an die Regel nicht gebunden sey, wenn die Mauer auf einen öffentlichen Weg auf die Straße führe[101]) In dem zweiten Falle soll dies nicht eintreten[102]). Diese Unterscheidung geht nicht auf die offenen Erker gegen die öffentliche Straße.

98) Cout. de Paris art. 199. Cod. art. 675.

99) S. Art. 676. wo die Eisenstäbe genau bestimmt sind.

100) Art. 678 — 680.

101) Viele Häuser in den Straßen würden ja sonst keine Lichtfenster haben.

102) Weil die vorige Schlußfolge nicht statthat. Pardessus Nr. 204. 237. 292. Toullier III. 528, Duranton V. 412.

Digitized by Google

III. Alles andre läßt sich durch freiwillige Servituten und durch die 30jährige Ersitzung bilden. Wenn aber in Deutschland vor der Einführung des Code jemand jure dominii ein Fenster haben konnte, so darf er die Verjährung nicht in diese Zeit zurückrechnen, sondern im besten Falle erst von der Zeit der Einführung des Code, obgleich es im Ganzen zweifelhaft bleibt, ob man in diesem Falle auf die angegebene Art überhaupt causam possessionis verändern darf. — Wenn derjenige, der eine mur mitoyen erhöht hat, und er in seinem Interesse darin als in seiner Mauer ein Fenster machen will, darf er dieses? Da die Franzosen das Eigenthum nach den Lasten bestimmten und also der Nachbar diese Erhöhung nicht als seine Mauer betrachten kann, so steht dem Andern nichts im Wege, soweit er sich den Beschränkungen einer Grenzmauer unterwirft. Aber es versteht sich, daß der Nachbar darauf nicht zu achten braucht, wenn er sich seiner Befugniß bedient, in die gemeinsame Mauer ein Recht geltend zu machen, welches ihm zusteht.

Im Uebrigen gelten alle diese Grundsätze auch für Gebäude auf dem Lande, weil das Gesetz hier Nichts unterscheidet und das alte Stadtrecht von Paris zum gemeinen Rechte für Frankreich erklärt, überhaupt hier absehend von Ortsgebräuchen eine allgemeine, vielleicht nicht immer zweckgemäße Norm annimmt.

Es kömmt denn hauptsächlich auf dem Lande, wo die Vorschriften dem Nachbarn nicht viel schaden, darauf an, entweder durch Vergünstigung einer Servitut, oder durch Ersitzung derselben, die auch hier anwendbar ist, sich eine Befreiung von der gesetzlichen Bestimmung zu verschaffen [103]).

Endlich wird auch hier die Widmung (Destination) des

103) Wieweit geht die Ersitzung. a) hinsichtlich der Höhe der Fenster, b) hinsichtlich der Distanz, c) ist sie usucapio libertatis oder bloßer nonusus, d. h. genügt der bloße Umstand, daß der andre Theil es geschehen läßt, oder muß der Betheiligte ein Recht in einer Handlung ausüben? Wenn der Betheiligte kein Recht ausübt, scheint uns nach der ganzen Ansicht des französischen Rechts Alles ein precarium zu seyn. Ueberall fehlt es übrigens in dieser Lehre an entscheidenden Grundsätzen. Ganz ungenau ist Demante Nr. 693.

Digitized by Google

Eigenthümers nach demjenigen ihre Bedeutung haben, was bereits im vorigen §. angeführt ist.

§. 20.

Von der Dachtraufe und von der Durchfahrt.

I. Es gibt so viele Vorrichtungen, wodurch man von Häusern und Gebäuden das nachbarliche Verhältniß wenig drückend zu machen sucht, dergestalt daß es eine Wohlthat des Gesetzes ist, wornach jeder das Wasser von seinem Dache nur auf den eigenen Grund oder auf die Straße darf ablaufen lassen. Jedoch ist dies kein Polizeigesetz, d. h. das Gegentheil kann durch eine freiwillige Servitut bedungen werden. Es ist dies übrigens in den meisten Fällen keine solche Servitut, die durch die Verjährung erlangt werden kann.

II. Jeder, welcher ein Eigenthum oder ein diesem ähnliches Recht, wie z. B. den Nießbrauch oder die Emphyteuse oder superficies an einem Grundstücke hat, kann nicht nur, wenn er durch Theilung dazukömmt, schon durch das Theilungsjudicium wie bei den Römern ein Durchgangsrecht verlangen und zwar hier selbst, wenn es nicht nothwendig, aber nützlich wäre, und zwar ex arbitrio judicis, sondern er kann auch ohne solches Verhältniß eine via necessaria als Servitut ansprechen. Es folgt dieses aus dem alten deutschen Principe der Austheilung des Grund- und Bodens, da man hier nicht in dem Style der römischen Agrimensoren zu Werke ging. Offenbar ist der usus die Grundlage des Instituts. Nöthig ist freilich, daß ein wahrer Nothstand dazu dränge, z. B. ein Fluß, über welchen keine Brücke und Nähe ist, und wenn auf einer andern Seite der Zugang nicht möglich und ausführbar ist, wobei freilich mancherlei in dem Ermessen des Richters und der Sachverständigen liegt. Auch kann unter Umständen statt des Fußweges ein Fahrweg [104]) verlangt werden. Dies Alles ist freilich vielfach arbiträr, doch das Recht, welches auf den Nothstand gestellt ist, so weit ausfehend errichtet, daß es als res merae facultatis nicht verjährt werden kann.

---

104) Zachariä II. §. 246.

Digitized by Google

Wenn der Betheiligte einen solchen Weg freiwillig eingeräumt hätte, so hat er zwar nicht des andern Nothrecht befriedigt, der daher immerhin daraus klagen kann, wenn ihm nicht die Dienstbarkeit ausdrücklich gegeben wurde, um dem Nothrechte auszuweichen; denn nur in diesem Falle wird der eine Theil entweder durch Vertrag, jedenfalls aber durch die Verjährung gedeckt. Ohne solche Richtung aber kann die Verjährung nicht wirken, die daher strenggenommen auch ohne Wirkung ist, weil der rechtsbegründete Vertrag allein wirkt.[105]) Der Nachbar muß den Nothweg nur gegen Entschädigung abtreten, und die Klage darauf verjährt, wie alle Klagen. Der Richter muß übrigens bei der Bestimmung des Nothwegs das Interesse des Betheiligten mit dem des Herrn des dienenden Grundstücks auf die möglichst richtigste und einfachste Art zu vereinigen suchen.[106])

§. 21.

Von den Beschränkungen des Eigenthums im Interesse des öffentlichen Wohls.

Man kann hier zwei Rücksichten unterscheiden:

1) Rechte, wo der Staat oder eine Gemeinde ein besonderes Recht einer Servitut ähnlich hat,

2) Rechte, wo der Einzelne sich etwas zum Vortheile des Staats muß abkaufen lassen, oder gegen Entschädigung weichen muß, wie wir dies bisher auch schon zu Gunsten Einzelner haben kennen lernen.

Man thut nicht Recht, die beiden letzten Rücksichten, wie z. B. Toullier es ausführt, zu vermischen, weil die unmittelbare Staatspolizeigewalt eine andre Stellung hat, wie das zu Gunsten Einzelner hervorgehobene Recht. Die Rechte für Einzelne, namentlich das Durchgangs- und Durchfahrtrecht, wie es der Code erst neu construirt hat[107]), ferner die Pflicht, dem Andern durch Baulichkeiten an der Scheide- und Grenzmauer nicht zu schaden[108]), hervorgegangen aus den allgemeinen Grund-

105) Zachariä II. 246.
106) Art. 682 — 685.
107) Art. 682.
108) Art. 674.

Digitized by Google

sätzen der Römer de damno infecto sind in der That Obligationen, die als actiones in rem scriptae sich geltend machen, lediglich eine Modification der privatrechtlichen Verhältnisse des Eigenthums enthalten, keineswegs die Beiwirkung einer administrativen Behörde nöthig machen, am wenigsten in allgemeine Grundsätze der Staatsverfassung führen, sondern wie überall im Rechte nach reinprivatrechtlichen Grundsätzen entschieden werden, im besten Falle in das arbitrium judicis fallen, und auf keine Weise mit den Vorschriften der Rechte zusammenhängen, von welchen wir jetzt sprechen werden.

ad 1. In diesem Falle bleibt der Eigenthümer in seinem Eigenthume, muß sich aber etwas zu Gunsten des Staats oder der Gemeinde gefallen lassen, z. B. bei dem Genusse einer Quelle für eine Gemeinde, bei dem Rechte, soferne ein Grundstück an den Fluß anstößt, zum Leinpfad oder zum Anlanden einen Raum zu lassen [109]), bei der Pflicht, zur Herstellung öffentlicher oder Gemeindewege das Grundstück herzugeben, wo dann in solchen vorübergehenden Beziehungen auch eine Entschädigung angesprochen werden kann [110]) u. s. w. Hier kann auch die Polizeigewalt Verfügungen vornehmen, wenn es auch der Entschädigung wegen an die Richtergewalt geht.

ad 2. Hier ist die Rede von dem Ueberlassen eines Grundstücks oder eines Theils desselben durch die aliénation forcée. Hier trit offenbar das Staatsrecht in Betracht, und obgleich im Code Art. 545. die allgemeine Vorschrift gegeben ist, so bezieht sie sich doch mehr auf die charte, sowie auch in Baden auf die Constitution, und wird keineswegs nach Bestimmungen des Landrechts als vielmehr nach allgemeinen Gesetzen regulirt. Es würde gegen unsern Zweck seyn, auf das volle Detail in dieser Lehre uns einzulassen, aber Folgendes ist im Allgemeinen wichtig:

Im Mittelalter derivirte man diese Pflicht in einzelnen Ländern aus dem sogenannten Staatsobereigenthume, d. h. daraus, daß in manchen Ländern Grund und Boden dem

109) Pardessus Nr. 139.

110) Pardessus Nr. 140.

Digitized by Google

Landesherrn zustand, und ein solcher Vorbehalt dann stillschweigend gemacht schien. Es hieß dieses dominium eminens. Dazu kam auch der ältere Gedanke aus der Markgenossenschaft selbst bei freien Ländereien, der zwar aufgegeben war, und keineswegs als Regalität eintrat. Im Ganzen war also das dominium eminens eine Folge der herrlichen Rechte: allein bei der Entwickelung der Landeshoheit, eines früher nicht bekannten Instituts nahm man nicht selten das dominium eminens territorii herüber. Immerhin sah man, daß der Staat ein gewisses Vorrecht haben müsse, und so verbanden sich zwei ganz neue Gedanken zu diesem außerordentlichen Rechte des Landes oder Staates. Aber mit Grund machten die juristischen Philosophen große Bedenken, wie dieses am besten Portalis in seinem Discurse über die Sache ausführt [111]): und lehrten, daß auf diese Art unbeschränkt der Staat in den größten Despotismus verfallen müßte. Dazu kam dann die französische Umgestaltung und die Veränderung der Dinge auch an andern Orten, und so gut man immer einsah, daß der Einzelne dem öffentlichen Nutzen oft weichen müsse, so war man doch bedacht, die Sache auf bestimmte Grenzen zurückzuführen. Darüber aber gibt es zwei Systeme:

a) das englische, wo jeder einzelne Expropriationsfall durch ein besonderes Gesetz bestimmt wird [112]),

b) das französische, wo im Allgemeinen eine Vorschrift gegeben, und die Bestimmung der einzelnen Fälle durch eine Theilung unter die verschiedenen Staatsgewalten vermittelt wird. So muß hier

1) der Fall, ob eine utilité publique da sey, vom König im Staatsrathe entschieden werden,

2) die einzelnen Grundstücke selbst sucht die Verwaltung, d. i. der Präfect aus,

3) ist der Eigenthümer nicht damit zufrieden und hat eigenthümliche aus der Handlung des Präfecten genommene Umstände anzuführen, so muß er von dem Gerichte gehört werden, bei welchem es auch, soferne man sich freiwillig nicht abfindet,

111) Motifs etc. Paris 1838 (4. ed.) pag. 288.

112) Blacstone 1. pag. 139. (edit. vom Jahre 1783.)

Digitized by Google

zur Verhandlung über die Entschädigungssumme kömmt. In ersten Falle entsteht denn eine Verhandlung zwischen dem Präfecten und dem Gerichte, und erkennt das letztre, daß der Präfect die gehörigen Formen nicht eingehalten habe, so muß die Execution bis zur Beobachtung dieser Formen suspendirt werden. Wegen des andern Falles oder der Entschädigungssumme aber geht es nöthigenfalls zur Appellation. In Frankreich hat man darüber ein Gesetz vom 8. März 1810. [113])

Im Großherzogthume Baden hat man bei Gelegenheit der großen Eisenbahnoperation ein allgemeines Gesetz über die Expropriation gemacht, wornach über die Verbindlichkeit zur Abtretung das Staatsministerium und über die Entschädigung, wenn man nicht einig wird, der Richter entscheidet [114]). Bei dieser Lage ist es auch ziemlich gleichgültig, wie man über das Recht dieser Art denke, ob sie ein Staatsobereigenthum oder ein Verwaltungsrecht sey, genug, daß die Praxis selbst rein in die Gewalt der obersten Staatsregierungsbehörde gebracht ist.

Doch gibt es schon jetzt einige bedeutende Scrupel, z. B. da nach der alten deutschen Verfassung eine Gemeinde über die Bauangelegenheiten ihrer Stadt beschließen konnte, wenn sie es in den gewöhnlichen Formen that, und die Staatsbestättigung der unmittelbar vorgesetzten Behörde erfolgte, kann sie dies jetzt nicht mehr, oder muß jeder städtische Bauplan, selbst wenn er vor dem 28. August 1833 gemacht wäre, erst dem Staatsministerio zur Bestättigung vorgelegt werden? Wir bezweifeln dieses nicht einmal, weil in dem §. 2. alle Angelegenheiten einer Gemeinde in das Gesetz gezogen sind, sodann weil ein Gesetz, welches zur Basis nimmt, daß Niemand sein Eigenthum ohne besondre Umstände mehr abgeben soll, eo ipso den früheren Verwaltungsgesetzen den Stab gebrochen hat.

Man helfe übrigens neuen Gesetzen mehr durch Interpretation wie durch neue Gesetze, weil sonst das Fachwerk der Gesetze gänzlich zersplittert wird.

---

113) Toullier Nr. 252. sep.

114) V. 28. August 1835. (Regierungsblatt Nr. 42.)

Digitized by Google

Im Uebrigen ist in dieser Lehre sehr Vieles von der Grundlage der Staatseinrichtung abhängig. Es gibt nämlich in Deutschland zwei Grundsätze:

A. den der Regalität, wie z. B. bei Bergwerken,

B. den der Polizey, wie z. B. bei Austrocknung von Sümpfen [115]) und bei Vertilgung anderer der Gesundheit nachtheiligen Verhältnisse [116]).

In Frankreich hat man nur den letzten Standpunkt hervorgehoben; allein doch Manches hereingezogen, wie z. B. daß man bei Bergwerken Concessionen haben müsse [117]).

Außerdem ist es in diesen Lehren nur möglich, die Constitution der Länder selbst zu untersuchen, in Beziehung auf welche im Geiste dieses Artikels verfahren werden soll, so daß z. B. im Großherzogthume Baden immer noch das deutsche Privatrecht und die früheren Einrichtungen des Staats die Grundlage des Urtheils darbieten.

Die Lehre von der Entschädigung in dieser Lehre sollte fast durchaus in das arbitrium judicis gestellt werden; wird dieselbe auf die andren dinglich und persönlich Berechtigten gesetzlich erstreckt, so kann es leicht kommen, daß man von allgemeinen Grundsätzen des Rechts abweicht, und ein besonderes Recht erzeugt, dessen Entwickelungen dann sehr bedenklich werden. In diesem Sinne ist das bekannte badische Gesetz zu beurtheilen.

---

115) Franz. Gesetz vom 16 Septbr. 1807. Toullier Nr. 281.

116) Toullier 287.

117) Franz. Gesetz v. 21 April 1810. Toullier sieh auch das badische Gesetz v. 14. Mai 1828. (Regierungsblatt Nr. 7.)

Zweiter Abschnitt.

Vom Eigenthumserwerb an Liegenschaften.

§. 1.

A. durch Vertrag.

Das französische Recht geht hier von dem Grundsatze aus, daß der bloße Vertrag, z. B. Kauf das Eigenthum überträgt. Was vom Kauf gilt, hat auch bei dem Tausch, Gebung an Zahlungsstatt, richterlicher Zuerkennung bei der Theilung, die auch nur ein Vertrag ist. Art. 826 u. s. w. seine Anwendung.

In Frankreich sind Pfandschreiber aufgestellt, denen aber nur die Hypotheken anliegen. Diese haben ein doppeltes Buch:

1) das Hypothekenbuch,

2) ein Nebenbuch (Art. 2181 und 2108.)

Die Eintragung in das erste heißt inscription, in das andre transscription (Art. 2199. 2200.) Die letztre geschieht nur zu dem Zwecke, um im Inscriptionsbuche die gehörige Legitimation zu haben, ist also nur nachweisend für den Behuf der Hypothek, keineswegs aber als eine Form der Eigenthumsübertragung anzusehen. Noch weniger brauchen die Dienstbarkeiten in das Grund- oder Nebenbuch eingetragen zu werden, für welches im Ganzen der Hypothekenbewahrer gar keine Pflichten hat.

Nur Schenkungen bei Liegenschaften (Art. 939), wozu aber nicht die legs gehören (Art. 1016) die aber wie die Substitutionen (Art. 1069.) auf Verlangen eingetragen werden können, müssen in das Pfandbuch inscribirt werden.

Die Geschichte dieser Lehre ist sehr eigenthümlich:

Digitized by Google

In den Ländern des französischen Gewohnheitsrechts war es so, wie in vielen deutschen Ländern. Die Auflassung oder die Oeffentlichkeit vor Gericht gab das Eigenthum (investitura allodialis). Dagegen in den Ländern des geschriebenen Rechts war es die Tradition. Ein Gesetz vom 11. Brum. VII. nahm die Ordnungen des germanischen Rechts insoferne an, als es an die Stelle der Investitur die Transscription setzte. Bei der Abfassung des Code wollte man dieses im Art. 91. des Entwurfes des Staatsrathes beibehalten, aber der Gedanke wurde deßhalb verworfen, weil sonst die Transscription erst das Eigenthum von demjenigen gegeben hätte, welcher zuvor inscribirt war, selbst wenn er nicht Eigenthümer gewesen wäre. Also blieb der Satz: der Verkaufende hat sein Recht verloren, und der, dem es von einem solchen durch eine Erklärung vor dem Hypothekenconservator später verliehen werden sollte, hat durch die Transscription nichts erlangt. Doch soll die neue Transscription wirken,

1) daß jetzt keine Hypotheken Anderer eingetragen werden können, obgleich der Code de procedure Art. 834. den frühern gültigen Gläubigern noch 14. Tage nach der Transscription zur Vormerkung ihrer Ansprüche aus Billigkeit zuließ;

2) daß die bestehenden früheren Hypotheken in ihrer Wirksamkeit bleiben, dagegen daß eine Ersitzung der Freiheit in 10 und 20 Jahren durch Eintrag entstehen kann, nämlich in Beziehung auf die Hypotheken vom Tage der Transscription.

Das Eigenthum selbst aber wird schon vom Tage des Vertrags verjährt.

Wenn bei einer Schenkung nicht inscribirt ist, so gilt der Vertrag nicht gegen einen Dritten. Wären zwei Beschenkte da, und die Inscription wäre zu Gunsten des letzten erfolgt, so hat sie keine Wirkung, denn sie ist ungültig geschehen. Andre lehren das Gegentheil.

§. 2.

Einige Bemerkungen zum badischen Landrecht.

Dasselbe ist in einem Artikel zum Art. 1583. der altdeutschen Ansicht anhängig geblieben, wonach alle Rechte über Liegenschaften also auch die Grunddienstbarkeiten Nutznie-

Digitized by Google

ßung ꝛc., weil sie Liegenschaften sind, in das Grundbuch eingetragen werden müssen, und außerdem kein Recht gegen einen Dritten geben.[1]) Daraus folgt weiter:

1) daß, vom Augenblicke der Transscription an, Pfandrechte nicht eingetragen werden können, außer den von dem neuen Eigenthümer ertheilten,[2])

2) daß vor der Transscription nur Diejenigen das Eigenthum des neuen Erwerbers anerkennen müssen, welche keine Dritte sind: Dritte sind nicht die Erben des Verkäufers[3]), auch nicht seine gemeinen Gläubiger, wohl aber der Schenker und Vermächtnißnehmer im Stück[4]),

3) ob, wenn der Verkäufer das Grundstück früher verkauft hat, aber sofort den zweiten Käufer hat inscribiren lassen, dieses dem letztern helfe, oder wenn er nicht im guten Glauben ist, nicht helfe, ist bestritten[5]).

4) daß bei der Schenkung es nicht anders steht, als bei den onerosen actus auch.

Nach diesen Voraussetzungen haben die Ortsgerichte diese Verhältnisse zu gewähren, weil der Eintrag der Grund der Gewährung ist, und darauf hin wird denn die Eintragung der Hypotheken gemacht, die in einem eigenen Buche geschieht, und wobei die Frage entstand, ob die Ortsgerichte ex officio dasjenige garantiren müßten, was bei der Transscription vorkam, wofür eine badische Ministerialentschließung vom Jahre 1824. entschied, welchem jedoch andrerseits als einer an sich unrichtigen auch nicht gesetzlich bindenden Bestimmung widersprochen worden ist.[6]) Es soll

---

1) Diese Ansicht widerspricht gänzlich der Lehre von der Verjährung, wie sie aus dem Code in das badische Landrecht übergegangen ist.

2) Der Code de procedure gilt ohnedies nicht.

3) Offenbar muß man auch hieher die Testamentserben rechnen weil sie die Schulden und Verbindlichkeiten des Erblassers erfüllen müssen.

4) Denn sie sind nur successores in res singulas.

5) Bekk über die dinglichen Rechte §. 33.
Brauer Erl. ad art. 939. Nach unsern Ansichten §. 1. am Ende hilft es ihm Nichts.

6) Bekk §. 51.

nämlich Alles hiernach so unterschieden werden, ob es die Natur des Eigenthums an sich betrifft, also auch die auflößenden Bedingungen dabei, wofür das Grundbuch steht, oder ob es dasjenige, was das Pfandrecht selbst angeht; und wofür ja ein eigenes Buch und Institut errichtet worden sey. Nur für die Pfandinteressen bestehe eine Art von subsidiarischer Haftung nicht aber für andere Interessen der Eigenthums- und Servitutengarantie, für welche die Ausdehnung höchst unzweckmäßig wäre.

§. 3.

B. durch Erbschaft.

Das Erbrecht stellt den Grundsatz auf: le mort saisit le vif; allein man muß genau erwägen, in welchem Verhältnisse der Satz hier stattfindet:

1) er bezieht sich nur auf eigentliche heritiers, d. i. auf die Verwandten, welche ein gesetzliches Erbrecht haben. Es versteht sich, daß hier keine Investitur wie im alten Rechte nöthig ist, und auch nach dem bad. Rechte keine Transscription, in der Art, daß daraus erst Ansprüche gegen Dritte erwachsen, denn die Transscription ist nur bei Singularsuccessoren verlangt;

2) er bezieht sich nicht auf testamentarische Erben, die aber dennoch nach französischem Rechte ohne Transscription Rechte gegen jeden Dritten erwerben, weil man nach den hier geltenden Grundsätzen einen testamentarischen Erben nicht für einen Beschenkten angesehen hat. Daß diese Ansicht auch auf vertragsmäßige Erben gehe, kann nicht bezweifelt werden. Oft aber muß zur Erlangung des Eigenthums eine besondere Vollziehung von Seiten des natürlichen Erben kommen.

3) Im Uebrigen ist die saisine von der Universalsuccession sehr verschieden, und darüber Folgendes zu bemerken. Die saisine verbindet den Berechtigten, die auf dem ererbten Vermögen liegenden Schulden zu bezahlen. Nur in dieser Beziehung ist auch der Art. 2092. des Code geschrieben, wornach die Schulden auf dem gegenwärtigen und zukünftigen, beweglichen und unbeweglichen Vermögen liegen. Soweit das Vermögen von den Schulden überreicht wird, haftet der saisine-Berechtigte nicht. Eben-

deßhalb wird im römischen Erbrechte das Haften für alle Schulden erst durch den Erbschaftsantritt begründet. Zwar ist dies bekanntlich kein vollkommener Haftungsact, vielmehr kann Jeder mit dem beneficio inventarii antreten, und behält noch das jus deliberandi darneben. Daraus folgt, daß jeder Erbe natürlich

a) die auf der Sache liegenden Hypothekenschulden übernimmt, aber auch

b) unter Umständen zu noch weiterem verbindlich wird.

Bei dem testamentarischen Erben war nach den Rechten der alten Gewohnheit oft eine investitura nöthig, namentlich durch den Executor und manufidelis, aber im französischen Rechte steht Nichts davon, die Rechte der Schenkung kommen hier nach französischem Rechte nicht in Betracht, aber die badische Lehre von den Grundbüchern hat eine Transcription durch den Testamentsexecutor wie bei einem Vertrage verlangt.

Eine andre Frage ist es, wie es mit dem Stückvermächtnißnehmer zu halten sey; allein da hier eigne körperliche Sachen bei den Römern selbst ohne traditio erworben wurden, so möchte man diese Gunst ansprechen: und auch sie stehen nicht unter dem allgemeinen Grundsatze der Schenkung. Wenn es im Art. 1016. heißt, daß der Stückvermächtnißnehmer sein legs auf seine Kosten kann einschreiben lassen, so wird damit nur gemeint, daß er nicht das ganze Testament braucht eintragen zu lassen, wie dies früher Gewohnheit war. Im badischen Rechte muß er wie ein Singularsuccessor transcribiren lassen.

Dagegen aber ist vorgeschrieben, daß auch Substitutionen, selbst si dies nondum venerit, transcribirt werden müssen, wenn es der Berechtigte verlangt und zwar ebendeßhalb, um alle nachtheiligen Hypothekinscriptionen zu Gunsten des Betheiligten abzuhalten.

Das Resultat wäre also höchst einfach folgendes: Nach französischem Rechte bedürfen weder die heretiers der Transcription, noch bedürfen ihrer alle andren letztwillig begünstigten, aber nach badischem Rechte muß auch hier die Transcription folgen. Da die Schenkungen mortis causa, wenn dieselben vor dem Tode des Schenkers vollzogen werden,

Digitized by Google

zu den Schenkungen inter vivos gehören, so tritt dasjenige ein, was bei den Schenkungen überhaupt vorgeschrieben ist. —

§. 4.

C. Von der Accession.

A. Was auf einem Grund und Boden gebaut, gepflanzt oder sonst angelegt ist, dies gehört dem Grundeigenthümer und zwar 1) daß, wenn er selbst die Handlung mit fremdem Materiale vornahm, er den Werth des Materials bezahlen muß. 2) Wenn ein anderer es im guten Glauben gethan hat, so hat der Grundeigenthümer das Recht und die Pflicht, demselben seinen Aufwand, oder doch soviel als der Boden verbessert ist, zu bezahlen. Hätte aber ein Andrer dies im bösen Glauben gethan, wozu schon der Zweifel gehört, so kann derselbe sogar zur Destruction des Werkes angehalten werden: auf jeden Fall aber bekömmt er nichts ersetzt [7]).

B. Die Alluvio [8]).

C. Der Anwachs durch das Zurücktreten eines fließenden Wassers, welches den Anliegern gehört, außer wenn der Fluß ein ganz neues Beet sucht, wo die Personen, welche hier verlieren, pro rata in das alte Beet eintreten [9]).

D. Die vis fluminis, wo wieder der Betheiligte erwirbt, und die Rückfoderungsklage nur ein Jahr dauert [10]).

E. Inseln in schiff- und flößbaren Strömen sollen jetzt dem Staat, in den übrigen Wässern aber den Anliegern gehören [11]). Wenn ein Fluß oder Strom sich theilt, und einen neuen Arm bildet und ein angränzendes Feld zur Insel macht, so behält der bisherige Eigenthümer sein Land [12]).

F. Der Eigenthümer, der bonae fidei possessor, der antichretische Gläuber, der Usufructuar, ja auch der Pächter machen die Früchte durch bloße Separation zu den ihrigen [13]).

---

7) Art. 554. 555.

8) Art. 556.

9) Art. 557. 558. 563.

10) Art. 559.

11) Art. 560. 561.

12) Art. 562.

13) Art. 546 — 552., war schon oben bei dem Besitze die Rede.

Zuletzt wird mit Rücksicht auf die destinatio bestimmt, daß auch Kaninchen, Fische, Tauben, die in unsre Behälter kommen, soferne keine fraus dahinterliegt, unser Eigenthum werden [14]). —

§. 5.

D. Von der Ersitzung.

Der Code setzt überall voraus, daß der Vormann Eigenthümer der Liegenschaft sey, und daß, wenn er es nicht ist, der wahre Eigenthümer sein Recht allgemach verliere. So hätte die Verjährung als ein vernichtendes und befreiendes Institut durchaus aufgefaßt werden können; allein dieser Gedanke ist im reinen Privatrechte sehr hart, wo Alles res merae facultatis seyn sollte, und so hatten ihn die Römer nur bei einigen einzelnen Klagen angewendet.

Natürlicher erschien den Römern die Ansicht, daß der Besitzer durch die Fortsetzung seines Besitzes unter gewissen Umständen [15]) zuerst Formalitäten vernichte, außerdem aber auch das Recht des Eigenthümers erlange.

Das französische Recht hat keine allgemeine Vernichtung der Rechte angenommen, jedoch eine allgemeine Verjährung der Klagen, und eine Vernichtung des Nießbrauches und der Servituten durch Nichtgebrauch zugelassen: daneben aber wohl die römische Erwerbung des Eigenthums an Liegenschaften und gewisser Rechte daran gestattet.

Mit Grund wird man also dabei bleiben, die Ersitzung hieher zu stellen, und die Vernichtung gewisser Rechte durch die Zeit lediglich bei den Klagen und Dienstbarkeiten vorzutragen.

Allerdings läßt sich der Verjährung auch eine allgemeine

---

14) Art. 564. wegen Bienenschwärme s. Zachariä §. 200. und badisches Landrecht 564 a.

15) Diese Umstände waren immer die Hauptrichtung der possessio civilis bei den Römern. Allein die Franzosen dachten sehr verschieden z. B. der Tribun Goupil Prefeln in seinem discours au corps legislatif: la prescription est la consequence de la presomtion du titre de la proprieté. Andre sagten: celui, qui possede, doit etre le maitre, et que l'ancien proprietaire n'a pas été privé de la possession sans de justes causes.

Digitized by Google

construirende Bedeutung geben, allein es führt dieses zu Nichts und verwirrt in der That die Begriffe [16]).

Die Franzosen haben auch hier römische und germanische Begriffe untereinander gebracht, aber die richtige Idee aufgestellt, daß es keinen unvordenklichen Besitz gebe, ein Verhältniß, daß bei den Römern nur im Wasserrechte vorkam, im deutschen Mittelalter gegen weltliche und geistliche — gleichwohl bedingt veräußerliche Rechte ausgeübt wurde, aber durchaus nicht jetzt, am wenigsten in der französischen Richtung der von der Regalität und von den Privilegien freien Zeit anwendbar ist. In der Regel findet bei dem Eigenthume die 10 und 20 jährige Ersitzung statt, wenn der Betheiligte die im justus titulus präsumirte bona fides beweißt: außerdem eine 30 jährige Ersitzung, und wobei nicht einmal der Gegenbeweis der mala fides zugelassen ist, weil hier nicht von römischen sondern, wie uns scheint, von deutschen Grundsätzen ausgegangen wird. [17])

---

16) S. den Art. 2219.

17) Die Franzosen werfen die Frage auf, ob die Verjährung juris gentium oder juris civilis sey. Man kann aber nicht zweifeln, daß auch ein Fremder die Verjährung für sich ansprechen kann, zumal ein solcher jetzt sogar erben kann, und nur ausnahmsweise sind ihm einige Rechte entzogen. Nur der bürgerlich Todte kann nicht verjähren. Locré esprit du C. N. tom I. pag. 379 — 384. Es ist überall schwer nach dem französischen Rechte einen Unterschied der natürlichen und bürgerlichen Rechte zu machen, und unbezweifelt thut man am besten, schon im Geiste unsres neueren Staatensystems als anwendbar auf Jeden mit Civilrechten Versehenen Alles zuzulassen, was ihnen nicht ausdrücklich entzogen ist, am wenigsten aber den Geist des Vorzugs für den Inländer selbst bei besondern Rechten anzunehmen. Also bürgerlich ist nur, was den Fremden ausdrücklich entzogen ist, oder wo die Reciprocität gilt. Auf andre Weise würde auch das Princip der Personal- und Localstatuten nicht mit in den Einklang gebracht werden können. s. das Gesetz v. 14 Mai 1819. und Troplong de la prescription pag. 45. Die 30 jährige vertilgende deutsche Verjährung soll auch dem bürgerlich Todten zum Nutzen kommen. Troplong Nr. 47.

Digitized by Google

§. 6.

Von den Sachen, welche ersessen werden können.

Vor Allem gehören hieher die Sachen, welche nicht in commercio singulorum stehen. Das französische Recht spricht davon bei Verträgen Art. 1128. bei der Verpfändung Art. 2116. und hier bei der Verjährung Art. 2226. Allein die Ansichten sind sehr verschieden. In der ersten Beziehung werden dazu gerechnet

1) die res communes wie das laufende Wasser, die Luft, das Meer und seine Ufer,

2) das an die Souveränität gebundene Recht wie z. B. Steuern und öffentliche Abgaben zu erheben,

3) die gegen die persönliche Freiheit streitenden Rechte wie z. B. auf Leibeigenschaft oder auf persönliche an Güter gebundene Rechte [18]) (Art. 686. 1780.)

4) die Sachen, welche zum gemeinsamen Gebrauch Aller bestimmt sind, wie z. B. die öffentlichen Wege, Festungswerke auch die Sachen der Kirchen. Es hat zwar Viele gegeben, welche die Behauptung aufstellten, der Code habe sich wohl um die Communikation und Fortification nicht aber um die Kirche bekümmert, die er vielmehr ganz sich habe überlassen wollen; allein es ist dieses ein durchaus falscher Schluß, denn die Kirche ist wohl in ihren inneren Gesetzen sich selbst überlassen, soweit sie aber Güter hat, müssen sie geschützt werden und da die Kirchengüter nicht einmal durchaus Gemeindegüter genannt werden können, sondern denselben gemeinsamen Zweck haben, wie Luft und fließendes Wasser so hat die Jurisprudenz sie mit Grund hiebergestellt. [19])

5) endlich gibt es gewisse polizeilich in Schutz genommene Sachen z. B. Gift, gewisse Waffen, Bilder und Schriften gegen gute Sitten, ferner Grundsätze über die Veräuße-

---

18) In unsere Constitutionen ist der Gedanke übergegangen — ein Gesetz bedeute jedes auf Person oder Gut gehende Recht: hier ist etwas andres unter Person verstanden und eigentlich sind nur die Verwaltungsverordnungen ausgeschlossen, welche unmittelbar Person und Sachen Einzelner nicht angehen.

19) Boileux ad art. 1128. sieh auch Troplong ad art. 2226. Nr. 170. Die Franzosen gehen auch immer auf ihre alten auctores zurücke, selbst um die Revolution zu zähmen.

Digitized by Google

rung der Minderjährigen und Interdicirten; allein von den ersten kömmt in der Lehre von der Präscription Nichts vor, und bei den andern sind besondre Vorschriften gemacht.

In den Art. 2226. und 2227. sind wohl auch 1. 2. 3. 4. ausgenommen, nur findet eine Ersitzung da statt, wo der Staat verkaufen und überlassen kann, und also ein Besitz denkbar ist, wie z. B. am Meeresufer; endlich versteht sich, daß die Sachen des Staates und der Gemeinden, welche nicht res communes sind, verjährt werden können. [20] —

§. 7.

Fortsetzung.

I. Auf bewegliche Sachen geht die Ersitzung nicht. Der Besitz ist hier der Titel. Bei gestohlnen und verlornen Sachen, wo dem Eigenthümer ein Recht sie in drei Jahren von jedem Dritten abzuholen, gegeben ist, ist diese Klage an eine vernichtende Verjährung gebunden. [21]

II. Viele französische Rechtslehrer nehmen an, Alles, was unmittelbar aus der faculté komme, und was unsere Practiker res meae facultatis genannt haben, sey unverjährbar; [22] man müsse denn unterscheiden die droits facultatifs und die droits formés et particularisés. Allein es ist nur soviel wahr, daß, wo der andere Theil kein speciell begründetes jus hat, der Verlierende davon, daß er dem andern zufällig etwas abgibt, nicht verlieren und der Andre nicht erwerben kann. Jede Ersitzung gründet sich also auf einen durch ein bestimmtes und besonderes Recht begründeten Titel, wie man auch leicht erkennt, wenn man die von Troplong angeführten Beispiele durchmustert, daher kann es auch kommen, daß etwas rein fakultativ ist wie z. B. das Recht in Städten sich abzuschließen, so daß ein noch so langer Zustand des Gegentheils nichts ändert,

20) Allein immerhin wird Vieles von dem Begriffe res communis abhängen z. B. bei einer promenade public municipal, Troplong Nr. 164. 165. Jedenfalls gehören hieher nur die res in patrimonio fisci vel reipublicae.

21) Scrupel darüber bei Plank über Verjährung S. 29. und die dort angeführten Schriftsteller.

22) Troplong ad art. 2226.

daß aber, wenn man bedungen hat, nur durch eiserne oder hölzerne Stäbe abzuschließen, das unbedingte Recht durch Mauern abzuschließen, verloren geht, und darauf auch, wenn der Accordant ein Andrer als der Eigenthümer war, eine Verjährung gegründet werden kann. Nur etwa bei dem römischen Wasserrechte nahm man zu Gunsten desjenigen, der in einem, dem Eigenthümer ungünstigen Zustande war, durch eine vetustas eine Art von Recht an, und in dieser Richtung hat man bei den Franzosen festgesetzt:

a) die gesetzlichen Rechte zur Erweiterung des Eigenthums an Liegenschaften seien auch res facultatis, und nur wenn der andre Theil eine Vorrichtung dagegen gemacht, und 30 Jahre geübt habe, sey er dadurch in eine Servitut gekommen. [23])

b) die conventionellen Rechte aber, wodurch Jemand sein Verhältniß erweitert, seien verjährbar. [24])

Merkwürdig ist dabei, daß die Franzosen ihren Begriff von Servitut oft über die Vorstellungen des römischen Rechts erweitert, und auf diese Art eine arbiträre Annahme des Rechts und der 30 jährigen Verjährung behauptet haben, die sich schwerlich auf ein sicheres Princip zurückbringen läßt.

In der Rücksicht auf dieses Verhältniß der faculté hat man oft auch gelehrt, daß, wo Jemand gegen ein Gesetz, auch gegen ein polizeiliches handle, er weder selbst durch die Zeit ein Recht gewinnen, noch einem andern ein solches verlieren machen könne. Doch dachte man auch hier wieder an die mögliche Bestrafung der Handlung und an die Unwichtigkeit derselben für das Civilrecht; denn wenn z. B. Jemand ohne Concession der Oberbehörde eine Mühle erbaut hat, so zweifelt man nicht, daß der Müller das Eigenthum durch Verjährung erwerbe. [25])

§. 8.

Fortsetzung.

Unter der Benennung des Stillstands der Verjährung hat man offenbar im Art. 2251. den Satz, daß hier nach

23) Vergleiche Troplong ad art. 2226. Nr. 113 — 122.
24) Art. 123 — 132.
25) Troplong l. c. Nr. 146.

dem strictum jus verfahren werden soll. Nur eine besondre gesetzliche Ausnahme soll den Stillstand rechtfertigen. Zwar hat es wieder manche französische Interpreten gegeben, welche der Ansicht waren, das Gesetz sei zu kurz gefaßt, und gewiß ist, daß besondere Gesetze immerhin hier wirken können [26]), aber eine Restitution ex capite absentiae findet nicht statt. Am wenigsten ist also der Satz anwendbar: Contra non valentem agere, non currit praescriptio, und nur das läßt sich auch im Sinne des römischen Rechts anführen, daß, wo eine physische und abstracte Unmöglichkeit der Rechtsführung ist, wie z. B. in der Revolution sub justitio die Verjährung stillsteht, nicht aber wo der Stillstand in concreto bei einem einzelnen Individuo liegt, oder wo es sogar bei einem Solchen auf das Wissen oder Nicht wissen ankömmt.

§. 9.

Fortsetzung.

III. Was die Minderjährigen angeht, so ist hier entschieden, daß die Ersitzung im Zweifel nicht gegen dieselben läuft, ausgenommen, wo dies ausdrücklich gesagt ist. [27]) Und auch hier kann die Verjährung nicht von dem Vormund gegen den Minderjährigen angeführt werden, weil jener diesen durch besondre Pflichten zu vertheidigen schuldig war.

Im römischen Rechte ist diese Lehre sehr bestritten. Bei Pupillen wird gewöhnlich angenommen, daß ein Stillstand eintrete, bis die Pupillarzeit herum sey, selbst bei der 30 jährigen: bei den Minderjährigen scheint nur der Prätor statt der früheren Restitution eine Befreiung zugelassen zu haben, aber nur bei der praescriptio longi temporis, und es ist streitig, ob gegen die praescriptio longissimi tem-

26) Für die Soldaten Troplong Nr. 704.

27) Art. 2252. sieh 1676. 2278. Anzunehmen scheint es:

a) daß nach Art. 2278. der Minderjährige der Verjährung immer unterworfen ist, wenn die Verjährung unter 10 Jahren abläuft, was aber nicht hieher gehört,

b) daß sich Alles nicht auf die Lehre von Fristen bezieht, z. B. Art 475. 2270. Auch die Läsionsklage ist gleichsam an eine Frist gebunden, und dies ausdrücklich erklärt. 1676.

Digitized by Google

poris eine Restitution stattfand. Dies Alles ist in diesem Art. des Code beseitigt.

Entmündigte sind ebenfalls frei: nur nicht die Gemüthskranken, die nicht entmündigt sind, und diejenigen nicht, die blos einen Beistand haben. [28])

IV. In Hinsicht auf das eheliche Verhältniß ist Folgendes bestimmt:

a) alle Güter der Eheleute sind in Beziehung auf den andern Ehegatten völlig unverjährbar. Es kann also während der Ehe eine Verjährung weder anfangen, noch die vorher angefangene zu Ende laufen. [29])

b) Gegen Dritte sind nur die Güter der Frau einer Vorsorge unterworfen, weil auch hier der Mann vollkommener Herr über die Frau ist. Vor Allem ist zu bemerken, daß nicht nur im römischen Dotalsysteme, sondern auch wo keine Gemeinschaft stattfindet, und nicht ausdrücklich der Frau alle Verfügung über ihre Güter vorbehalten ist, die römische Idee der dos entscheidet. Hier aber wird angenommen, der Mann besitze die Dotalgüter pro suo, so groß auch die Auctoritäten sind, welche dagegen streiten: es ist daher auch möglich, daß der Mann Dritten gegenüber selbst verjähre: der Frau aber geht insoweit nichts verloren, daß während dieses Verhältnisses der Anfang der Verjährung wider sie nicht statthat. [30]) Was aber die bereits angefangene Verjährung betrift, so kann sie freilich fortlaufen, und es ist dieses ein großer Widerspruch gegen das römische Recht, und es kömmt daher, daß, da die Frau den Anfang der Verjährung gestattet hat, sie auch den Fortgang derselben nicht unterbrechen kann. Freilich steht dem Manne zu, wenn er Nachricht hat, die Verjährung zu unterbrechen, weil ja die Rechte der Frau auf ihn übergehen; [31]) allein

28) Duranton XXI. 298.

29) Art. 2253.

30) Art. 1561. 2256. Mit der Separation der Ehe kann aber die Verjährung anfangen.

31) Die Frau selbst hat das Recht sich vom Gerichte die Auctorität geben zu lassen, die Klagen anzustellen, trotz dem Art. 1428. Troplong Nr. 745.

Digitized by Google

möglich ist es doch, daß die Frau nicht hinlänglich gesichert wird, weil ein andrer Administrator ihrer Güter, als ihr Mann die früheren Verhältnisse des Vaters oder Vormunds der Frau nicht kennen kann, und also hier in der That der Frau ein privilegium odiosum aufgeladen ist, was man auch in Frankreich selbst eingesehen hat [32]).

Wären die Güter der Frau im Ehecontract ausdrücklich für veräußerlich erklärt, so hat die Frau Alles in die Gewalt des Mannes gestellt, und die Verjährung kann anfangen. [33])

Ist aber außerdem dem Manne die Verwaltung der Güter der Frau überlassen, wie z. B. bei den Paraphernalgütern, oder da, wo das Vermögen ganz getrennt besteht, so geht die Verjährung nicht vor sich, wenn der Mann ohne Einwilligung der Frau veräußert hat. [34])

Endlich soll bei der vorhandnen Gütergemeinschaft jener Zeitraum nicht gerechnet werden, wo die Frau zwischen der Annahme oder Ausschlagung der Gütergemeinschaft wählt, weil hier gleichsam der allgemeine Grundsatz eines bedingten Rechts in Betracht kömmt. [35]) Der angeführte Satz 2256. Nr. 2. geht eigentlich dahin, daß, wenn die Frau in der Klage gegen den Dritten diesen zur Klage gegen den Mann berechtigen würde, die Verjährung deßhalb stille stehen solle, weil das Gut gleichsam unveräußerlich sey.

V. Der inventarisirende Erbe soll einen Stillstand wegen seiner Rechte, und umgekehrt auch die Erbschaft gegen ihn haben. [36]) Angenommen wird hier, der Erbe habe ja

32) Plank S. 66. Note 34. es gibt jedoch eine Entschädigungsklage gegen den Mann, wenn er fehlt. Zachariä I. §. 211.

33) Art. 1557.

34) Art. 2256. §. 2.

35) Art. 2256. Nr. 1. actio nondum nata. Art. 2257. der Art. 2256. Nr. 1. ist sehr dunkel geschrieben, und läßt sich nur durch die alten französischen Gewohnheiten erklären. Lebrun communauté lib. 3. ch. 2. dist. 5. Nr. 102. Pothier oblig. Nr. 646. et prescript. Nr. 25. Anjou 445. Maine 457. Grand Perche 119. Rheims 160. Berry t. 12. art. dern. Bourbonnais art. 28 S. Troplong Nr. 767. seq.

36) Wegen der Miterben s. Troplong Nr. 805. denn hier ist der erste Miterben ein Dritter.

Digitized by Google

in dieser Zeit die Güter selbst im Besitze. Dritten aber nützt dieses Nichts. Art. 2258. 2259.

§. 10.

Vom Besitz als Grund der Ersitzung.

Unzweifelhaft ist die Ansicht, daß wenn man den Begriff von Besitz generalisiren will, man auf den Art. 2228. wo der Besitz als die Grundlage der Ersitzung angesehen worden ist, sich hinwenden muß. Hier ist der Besitz eine res facti und mehr wird nicht nur nicht bei der Ersitzung verlangt, sondern in der That ist dieser Besitz auch die Grundlage der Schutzklage. Freilich wird bei der letztern vorausgesetzt, daß der Kläger direkt oder indirekt d. h. aus der Angabe der Zeit an sich, oder durch die Anführung seines Titels beweisen muß, wie er Sache und Recht bereits ein Jahr in seinem Genusse habe, denn darauf ruht die complainte oder action possessoire. Keineswegs gehört daher auch zur wesentlichen Form der Besitzschutzklage, daß der Kläger in der Klagschrift selbst das Jahr angedeutet habe, wenn nur die Länge des Besitzes, sei es auch durch die Anführung des Titels hervorgeht, und mit Recht hat der Cassationshof (die Zeitschrift: le Droit: sixième année Nr. 83.) erklärt,

> que le juge de possessoire a toujours le droit et souvent même l'obligation de consulter les titres, non pas pour reconnaitre l'existence ou la non existence du fait de possession, mais pour apprécier la nature et le caractère de cette possession, dont il est juge, qu'en cela il ne saurait contrevenir a la prohibition de l'art. 25 du code de procédure qui defend de cumuler le possessoire et le pétitoire. —

Also unzweifelhaft ist der Artikel 2228. die erste Grundlage des Besitzes bei der Besitzschutzklage, obgleich noch etwas Weiteres dazu gehört.

Wie nämlich sollte der Besitzprozeß irgend einen Werth haben, soferne er nur ein lustiges Vorspiel in der Intention wäre, daraus erst einen rechten petitorischen Prozeß zu erzeugen. Vielmehr soll der Besitzprozeß den Kläger schützen

Digitized by Google

und definitiv schirmen, Kosten des weiteren Prozesses abschneiden, Ruhe und Friede auf Erde bewirken, und wehe dem Gesetzgeber, der hier Alles in Formen wirft, wehe dem höchsten Richter, der die Natur des Rechts, die ihm in concreto vorzüglich gehört, nicht mit dem allgemeinen Geiste des Rechts in Verbindung zu bringen weiß.

Insoferne ist denn also der Besitz auch die Basis der Ersitzung. Wenig ist hier zu geben auf die unsicheren Bestimmungen des Art. 2229. — es concentrirt sich vielmehr hier Alles in die possessio pro suo. Wenn also behauptet wird, der Besitz müsse seyn paisible d. h. nicht auf die Gewalt gegründet, so ist dies blos ein vitium, welches aus seinem Standpunkte in Betracht kommen kann, [37]) publique, so ist dies wieder ein vitium, nämlich der claudestinitas, also in gleicher Richtung, non équivoque, so ist dies wieder ein vitium, nämlich des precarii [38]) — und diese Dinge sind nur rein römisch aufzufassen, und haben dann umsomehr hier ihre Bedeutung, als

1) bei der 10 und 20 jährigen Ersitzung sogar noch justus titulus und bona fides verlangt wird, und also

2) jene Eigenschaften allein Richtungspunkte nur für die 30 jährige Ersitzung sind.

Im Uebrigen sind jene vitia natürlich auch wirksam in den Besitzschutzklagen. [39])

So gewiß nun aber die possessio pro suo den Grund des juristischen Besitzes bildet, so gewiß hat auch das französische Recht hier Manches vom römischen Rechte abgeändert. Wenn nämlich in der ersten Hinsicht durchaus die römischen Grundsätze gelten, die zuletzt wieder Troplong ad art. 2236. weitläuftig ausgeführt hat, so ist umgekehrt zweierlei ganz unrömisch,

---

37) A. M. Plank S. 89. in der Note.

38) Eigentlich kann in dem équivoque auch der Umstand liegen, daß jemand das Verhältniß als Recht gebraucht habe so daß dann mehr als der Gegensatz der pio precaria darin liegen würde, so daß er zwei Dinge enthielte — nicht nomine alieno und nicht precarii jure: allein es kömmt Nichts darauf an.

39) Art. 23. des Code de proced.

Digitized by Google

a) es soll nämlich die Untreue des Repräsentanten dem Besitzer schaden, und zwar, in Beziehung auf den Repräsentanten selbst, [40])

b) es soll folglich der Pächter, Depositar u. s. w. durch einen Eigenthumsübertragungstitel einem Dritten das Recht zur Verjährung geben. [41])

Diese Sätze stehen ganz nakt, und wenn in dem zweiten Falle auch angenommen werden könnte, der Erwerber sei in bona fide, so ist dies doch in dem ersten Falle nicht möglich, und es ist kein Zweifel, daß gerade durch diese Sätze der Grund des größten Widerspruches in die Ersitzungslehre des französischen Rechts gelegt ist. [42])

Die Römer nahmen bekanntlich hier, wo es sich blos von unbeweglichen Sachen handelt, ursprünglich den Besitzübergang an, wenn der Erwerber titulo singulari seinen Vormann für den Eigenthümer hielt, und jedenfalls war der Besitzschutz gegeben: allein allmählig verlangte man von dem Tradenten bona fides nach Nov. 119. c. 7. und wenigstens von Seite des Erwerbers, daß er an der bona fides des Vormanns nicht gezweifelt habe; allein schon Troplong erklärt, [43]) daß hier der Erwerber dem nachlässigen Eigenthümer geopfert werde, und daß folglich für die allgemeine Ansicht des Code zu präsumiren sey. Darauf nimmt er aber keine Rücksicht, daß der Pächter eine unrechtliche Handlung begeht.

Daß die Untreue des Repräsentanten dem Besitzer in Beziehung auf den Repräsentanten schade, ist im römischen Rechte sogar in Hinsicht auf den Besitzschutz angenommen; allein in Beziehung auf einen Dritten war man bekanntlich sehr im Streite. Das französische Recht unterscheidet zwar zwei Fälle:

a) ob dem Eigenthümer von Seite des untreuen Repräsentanten ein besondrer Widerspruch entgegengesetzt worden sey, und der Eigenthümer sich dabei beruhigt habe, oder

40) Art. 2238.
41) Art. 2239.
42) Sieh jedoch den nächsten §.
43) Nr. 519.

b) ob ein Dritter dabei in Betracht komme.

Aber in beiden Fällen soll die Ersitzung ohne weitres von statten gehen können.

Wir wissen, daß viele Gerichte in Frankreich [44]) diesen Ansichten widersprochen haben; und so geneigt der Gesetzgeber war, die Ersitzung zu erleichtern, so sehr wird die Praxis es damit zu thun haben, die allgemeinen Erfoderniße des justus titulus und der bona fides hier in concreto zu prüfen. Im Allgemeinen will man eine possession non équivoque und publique, man will, wie Troplong sagt, die Eigenschaften des Art. 2229, worüber man freilich verschieden genug denkt, und deren Anwendung auf unsere Fälle sehr schwierig seyn dürfte. Dies Alles wird dann um so bedenklicher, wenn man auf die dreißigjährige Ersitzung hinblickt, wo zwar nichts vom justus titulus und von der bona fides abhängt, aber doch die allgemeinen Voraussetzungen des Art. 2229. da seyn müssen. Versteht man darunter Nichts als den Mangel der 3 vitia possessionis, so kömmt man leicht zum Ziel, außerdem aber muß freilich die Lehre sehr verwirrt werden. —

§. 11.

Die Artikel 2240. 2241.

Die alte römische Rechtsregel: Nemo sibi causam possessionis mutare potest ist hier gänzlich mißverstanden, denn sie geht im römischen Sinne auf die possessio bonae fidei nicht, sondern findet nur bei der alten usucapio lucrativa pro herede statt.

Da nun aber nach dem vorgehenden §. die Untreue des Repräsentanten dem Besitzer schaden soll, so kann dieses doch nicht durch eine bloße mutatio causae geschehen, sondern nur auf offenen Widerspruch, und mit Anerkenntniß des Herrn. Gerade dadurch aber wird die im vorigen §. gegebene Regel gleichsam wieder aufgehoben.

Oft ist behauptet worden, man könne wohl nicht die cause aber die qualités verändern z. B. eine violence, eine clandestinité oder den schlechten Glauben, aber auch dies ist falsch.

---

44) Troplong Nr. 507.

Noch unrichtiger steht der Art. 2241. hier, der nur ausdrückt, eine vernichtende Verjährung gehe auch gegen den Titel der Obligation, denn es ist klar, daß blos die Klage aus der Obligation verloren wird.

§. 12.

Von der Unterbrechung des Besitzes.

Das französische Recht hat in dieser Lehre folgende Grundsätze:

I. Die natürliche Unterbrechung ist eine Thatsache, wo der Besitzer das factum und der zu einer Dienstbarkeit Berechtigte die Ausübung des jus verliert. Gleichgültig ist es ob durch eines Andern Handlung, oder durch ein Naturereigniß. Auf die Art der Handlung, ob sie violenta sey, ob sie von einem Dritten zugefügt werde, oder nicht, kömmt Nichts an. Noch ist sehr wichtig, daß der Besitzer ein ganzes Jahr aus dem Besitze gekommen seyn muß, wo eben das französische Recht vom römischen gänzlich abweicht. [45])

II. Die bürgerliche Unterbrechung, welche in der Vorladung vor Gericht, auch Friedensgericht, auch wenn das Gericht incompetent ist, selbst vor einem Schiedsrichter [46]) geschieht: — noch mehr ein Zahlungsbefehl oder ein Beschlag wirkt gegen die Verjährung. Besondere Vorschriften über den Gang des Prozesses sind natürlich hier nicht wie im römischen Rechte gegeben. [47]) Ebendeßhalb gilt es auch

45) Art. 2243. Diese Dinge lagen im Gewohnheitsrecht vor, aber die orateurs du gouvernement z. B. Bigot de Préameneu philosophirten darüber.

46) Troplong Nr. 561. 594.

47) Bei der usucapio erfolgte die Unterbrechung mit der res judicata. Erfolgte diese nicht, so hatte die litis contestatio keine Bedeutung; erfolgte aber die res judicata so konnte schon von der litis contestatio die Ersitzung nicht ablaufen. Bei der praescriptio sollte schon die litis contestatio unterbrechen; wenn aber keine res judicata folgte, so sollte eine neue Verjährung, und zwar durch die Bestimmung der Kaiser in der Regel als Verjährung der res litigiosa, oder actio, seit Theodos mit 30 Jahren, seit Justinian mit 40 Jahren vor sich gehen l. 9. Cod. 7. 39. Im Uebrigen gab es in der alten Zeit der usucapio keine allgemeine Klageverjährung. Dieselbe wurde seit Theodos II. auf die praescriptio, die damals prädominirte, mit Recht angewendet. S. mein Lehrbuch des gem. d. Civilr. §. 267

für eine Unterbrechung, wenn der Besitzer das Recht des Andern anerkennt, also auch außer dem Fall des Prozesses [48]) ferner wenn die beiden Theile freiwillig vor dem Friedensrichter zum Versuche der Güte erscheinen. [49]) Die bürgerliche Unterbrechung hat natürlich nur Folgen unter den Partheien, denn es handelt sich hier von Rechtsfolgen, während die natürliche Unterbrechung auf factische Rücksichten gebaut ist, d. h. dort nützt und schadet die Unterbrechung Dritten nichts; hier wirkt die Unterbrechung allgemein. Nur ist zu bemerken, daß auch bei der bürgerlichen Unterbrechung selbst gegen die im Auge stehende Parthei die Ersitzung wieder anfängt, wenn man die Unterbrechung unverfolgt gelassen hat, während bei den Römern jetzt eine neue Art von bloßer Klagen Verjährung und nicht der Ersitzung entstand, und die Ersitzung nach canonischem Rechte unterbrochen ist, wenn der andre Theil in malam fidem kam. Davon verschieden ist dann wieder der Fall, wo die Unterbrechung gar keine Folgen hat, also die Ersitzung läuft, wie wenn sie gar nicht unterbrochen wäre, nämlich wenn die Vorladung ihrer Form nach nichtig ist, oder der Kläger von seiner Klage absteht, [50]) oder die Instanz erlöschen läßt, [51]) oder die Klage verworfen wird. [52])

§. 13.

Dauer bei der Ersitzung, und Berechnung der Zeit.

So trüb diese Lehre der Zeitberechnung im Allgemeinen bei den Römern ist, so trüb ist sie bei den Franzosen.

Bekanntlich rechneten die Römer ihre usucapio a die in diem und zwar so, daß der Tag des Besitzes der Anfangtag, und darnach das Ende des letzten Tages der Schlußmoment war. Denn die Römer verlangten ausdrücklich, daß der letzte Tag herumgelaufen seyn müsse, und alle Neueren namentlich auch Savigny in seinen Pandekten IV. Bd.

48) Art. 2248.
49) Troplong 590.
50) Cod. de proced. art. 403.
51) Art. 397.
52) Troplong Nr. 610.

sind darin einig, wenn sie auch bei der Klagenverjährung noch weiter gehen. [53])

So sollte man denken, hätten auch die Franzosen ihre beiden Artikel 2260. 2261. aufstellen müssen.

> La prescription se compte par jours et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli.

Man glaubt hier das römische Recht zu finden: allein es ist nichts von der Berechnung des ersten Tages gesagt. Nicht nach Stunden sondern nach Tagen soll gerechnet werden, Dies will heißen nicht a momento in momentum, sondern a die in diem. Bei dem Besitz ist freilich dies der erste Tag, wo man die Sache hat, zumal man sie ja nicht in jedem Augenblicke bei sich trägt, das Recht nicht in jedem Augenblicke ausübt, und den Besitz auf den andern Tag hinüberziehen, damit ein ganzer Tag, jour entier, herauskomme, wäre ganz unlogisch und widersinnig. Da dann der zweite Satz den Ablauf des letzten Tages will, wobei man sich dachte, daß die Rechnung a momento in momentum überschritten seyn müsse [54]), und da man sich vorstellte, die gesetzliche Berechnung müsse etwas vor der natürlichen voraus, d. h. zu ihrer Begünstigung haben, kam man eben auf den Gedanken, [55]) der erste Tag, damit er ein voller sey, müsse vom zweiten gerechnet werden.

Allein diese Ansicht ist durchaus unrichtig, wie schon Merlin [56]) gezeigt hat, und gesetzt auch, eine alte Praxis

---

53) Er nimmt nämlich an

a) die usucapio gehe bis zu Ende des letzten Tags, wobei er usucapio und praescriptio nicht unterscheidet. Den Gedanken ultimus dies coeptus habetur pro completo nimmt er nicht an, denn entweder geht die civile Berechnung auf die Mitternacht vor dem mathematischen Endepunkt wie hier also bei der Ersitzung, oder

b) auf die Mitternacht nach dem mathematischen Endepunkte wie bei der Klagenverjährung und bei der bonorum possessio.

Alles kömmt natürlich auf die Auslegung der Stellen an.

54) Dieses nimmt v. Savigny IV. S. 420. an.

55) S. Troplong Nr. 812. So sieht auch v. Savigny das französische Recht an.

56) Repert. praescription. Sollte man nicht so gedacht haben

hätte sich der andern Berechnung zugewendet, so müßte der Jurist hier seyn, wie in allen Dingen der Mathematik, er müßte das Unmathematische verwerfen. Nach dem französischen Systeme der andren Art mußte man dahin kommen, einen andren Termin als den des factischen Anfangs des Besitzes zu setzen, wodurch man sogar gegen Geist und Sinn des Art. 2228. sich verstoßen müßte. [57]) Man würde nach dieser Ansicht der Franzosen in ein System kommen, was durchaus willkürlich, und auf keine Weise juristisch zu rechtfertigen wäre. Mit Grund hat sich daher auch die französische Praxis für Merlin entschieden, [58]) und alle andern Auctoritäten der Franzosen, weil sie sich lediglich auf den ganz unbestimmten Text der beiden Artikel, die schwerlich eine so bestimmte Ansicht haben wollten, beziehen, sind nicht zureichend. [59]) Unser Resultat ist also, daß der Tag des angefangenen Besitzes wirklich der erste sey, sofort von dies zu dies gerechnet, und die Sache so genommen wird, wie bei der römischen Ersitzung, welche Berechnung uns auch als die einzige Regel des französischen Rechts für alle Berechnungsarten erscheint. Wollte man mit Düranton und Zachariä rechnen, so müßte man in das Princip der römischen computatio utilis fallen, wie bei der b. pio, wo nicht der Tag des Ereignisses, sondern der darauf folgende Tag deßhalb der erste war, weil man hier etwas thun mußte, (petere b. p.) wo es also ein ganzer Tag seyn mußte, während dessen man auch bei der Obrigkeit auftreten konnte, wovon

---

2260. der Tag, als Tag ohne Rücksicht auf Anfang und Ende wird gezählt. 2261. der letzte Tag muß aber ganz herum seyn.

57) Savigny selbst gesteht zu, die Franzosen seien von dem falschen Principe der Versäumniß ausgegangen.

58) Sirey XXXIV. II. 401.

59) Durauton XXI. 337. Ohne Gründe ist für diese Meinung Zachariä §. 212. Wenn nicht im Art. 2260. stünde, daß nicht nach Stunden sondern nach Tagen gerechnet wurde, dann könnte man vielleicht annehmen, der letzte Tag sei derjenige, wo die letzte Stunde hineinfällt.

Gesetzt aber die Franzosen hatten auch so gedacht, so würde die directe grammatische Auslegung dagegen streiten.

hier überall die Rede nicht ist. Wenn die Franzosen auf den nächsten Tag als den der Besitzeinräumung übergehen wollten, würden sie dieses gewiß ausdrücken und anführen.

Es versteht sich, daß Ferientage und andre Verhältnisse nicht abgerechnet werden, sondern Alles continuirlich gezählt wird.

§. 14.

Von dem Verhältnisse der erwerbenden, befreienden und vernichtenden Verjährung zueinander.

Diese Lehre gehört zu den schwierigsten Punkten im Civilrechte. Die Franzosen und auch jene Deutsche, welche den Code behandelten, nehmen keine Rücksicht darauf.

Offenbar geht die praescriptio auch auf die Befreiung von Pfandrechten, die eo ipso wie die Verjährung der Sache selbst begründet wird, — tantum praescriptum quantum possessum.

Die Erwerbung der Servituten ging bekanntlich bei den Römern nicht jure civili, sondern nur jure praetorio und so vor, daß der Berechtigte das Recht neque vi neque clam neque precario ausgeübt haben mußte. Es genügte freilich das longum tempus. Die Vernichtung der Servituten erfolgte nicht blos expost durch die Klage, sondern entweder usucapione libertatis oder nonusu. Bei der ersten aber war es keine befreiende Verjährung, wie bei dem Pfandrechte, sondern eine Verjährung der Freiheit selbst, d. h. ein besondrer Besitz der Freiheit mußte angefangen haben. Die usucapio libertatis paßte wahrscheinlich schon in jene Zeit, wo gewisse Servituten nicht remancipirt, sondern nur usu recipirt wurden, und sie ist daher durchaus unabhängig von der Ersitzung der Servituten selbst. Diese sollte deßhalb nicht stattfinden, weil eine continua possessio nicht im Rechte selbst sondern nur in gewissen Vorrichtungen erkennbar war, und weil gerade bei jenen Servituten, welche mancipirt wurden, eine continua possessio gar nicht vorkam.

Aus dem Allen folgt:

1) es gab eine befreiende Ersitzung in Beziehung auf Pfandrechte,

2) es gab eine usucapio libertatis,

3) wo diese nicht möglich war, nahm man den Untergang durch Nichtgebrauch ipso iure an.

Digitized by Google

4) allmählig und zwar seit Theodosius II. kam auch die Verjährung der Klage auf, wenn man sich auf diesem Wege helfen mochte, da der Fall ad 3. noch jetzt an manche Schwierigkeiten gebunden ist. [60])

Im französischen Rechte gibt es keine andere erwerbende Verjährung bei den Servituten, wie die von 30 Jahren, aber ohne bona fides und ohne justus titulus, und ebenso keine andere verlöschende als die von 30 Jahren. Damit ist denn die Lehre von der Ersitzung, die usucapio libertatis, der nonusus und die Klagenverjährung abgethan. Die Servitutenlehre hat ihr eigenes durchaus abgeschlossenes Feld.

Es gibt also im französischen Rechte gerade so, wie im römischen nur eine befreiende Verjährung in Beziehung auf das Pfandrecht nach Art. 2180. und zwar so:

a) Der Schuldner ersitzt bei den Gütern, die er inne hat, die Freiheit durch Ablauf der Zeit, womit die Hauptfoderung, für welche sie haften, verjessen oder verjährt wird,

b) der Inhaber solcher Güter, welche in dritter Hand sind, ersitzt die Freiheit in eben der Zeit, wo er das Eigenthum ersitzt. [61])

Nach dieser Darstellung gibt es folgendes System:

1) die einfache Ersitzung zugleich mit der Ersitzung der Freiheit vom Pfandrecht,

2) die besondere Ersitzung der Freiheit vom Pfandrecht.

In der ersten und zweiten Hinsicht kann man von einer befreienden Ersitzung sprechen,

3) die Erwerbung und den Verlust der Servituten,

4) die Verjährung der Klagen.

Die beiden letzteren Institute stehen ganz für sich.

§. 15.

Accessio possessionum.

Dieses führt uns nun auf die Lehre von der accessio

60) Die Verjährung der Klage ist ganz unabhängig von der Erwerbung oder dem Untergange des Eigenthums, und der Freiheit von den Servituten auf der einen, und des Aufhörens der Servituten und der Pfandrechte auf der andern Seite.

61) Davon mehr in der Lehre vom Pfandrecht, besonders weil die Verjährung gegen die Gläubiger geht.

Digitized by Google

des Besitzes, wo gerade das Verhältniß der bona und mala fides bei Vor- und Nachmann, und die Befreiung davon in Betracht kömmt.

I. Bei den Römern kam es in der Universalsuccession auf die bona fides des Nachmanns nicht an, und so ist es auch im Code. Es ist ebensoviel, wie wenn der Vormann selbst, welcher bona fide erworben hatte, allmählig in malam fidem gekommen wäre. Bei der Singularsuccession kömmt es an sich auf die bona fides des Vormanns nicht an, doch bei der Zusammenrechnung (accessio) muß auch er in bona fide seyn: [62]) im Code muß sonderbar genug derjenige, von welchem man seinen Besitz abzuleiten anfängt, in bona fide seyn, und der Nachmann, auch derjenige nicht, in dessen Person die Ersitzung vollendet werden soll. [63])

Die römische Lehre ist die einzig consequente: denn wo es sich nicht von einer Universalsuccession handelt, muß offenbar derjenige in bona fide seyn, der seinen Besitz zum Eigenthume machen will. Es sind zwei sehr verschiedene Fälle, wenn jemand, der bona fide angefangen hat, expost in malam fidem kömmt, und wenn jemand, der sein Gut von einem Besitzer, der im guten Glauben ist, ableitet, gleich im Anfange seiner Erwerbung in mala fide ist. Der Code hat dies nicht eingesehen, wie man aus der Vergleichung der Art. 2269. und 2235. erkennt, und wobei von den französischen Schriftstellern recht schlechte Argumente für die französische Jurisprudenz gemacht worden sind. [64]) So wird hier das Beispiel aufgeführt, daß eine Frau in mala fide war, aber das Gut an einen Manu in bona fide verkaufte, und von diesem wieder erwarb, hier konnte jene Frau ihre 10 jährige Zeit von ihrem Vormanne rechnen und verjähren! Welche Jurisprudenz!

Wie gesund und richtig ist die Ansicht der Römer, daß immer der in bona fide seyn muß, welcher für sich titulo singulari erwerben will — ihm allein gilt es! Will er aber den Besitz seines Vormanns zur Hülfe nehmen, so muß auch

62) Mühlenbruch Pand. §. 260. Nr. 14. Roßhirt Pd. §. 266.
63) Sieh dagegen l. 2. §. 19. D. pro emtore.
64) Troplong Nr. 432.

Digitized by Google

dieser den Besitz bona fide begründet haben, denn sonst kann man gut zu gut nicht rechnen. Was freilich expost bei dem Einen geschieht, konnte nicht alteriren, denn wer im guten Muthe ursprünglich handelt, den kann die spätere Zukunft nicht drücken. Freilich kamen auch hier die Römer auf andre Wege: Gesetzt der Vormann wäre nach seiner guten Erwerbung in malam fidem gekommen, und hätte veräußert; hier zweifelte man, ob der Nachmann die accessio des Vormanns in Anspruch nehmen könne, ja ob der Nachmann überhaupt und also aus seinem eigenen Besitze heraus verjähren könne, und obgleich man bei beweglichen Sachen durch die Ausdehnung des furandi animus leicht zum Resultate kam, so war es schwieriger bei unbeweglichen Sachen; wo aber doch endlich auch die Nov. 119. c. 7. negative entschied.

Auf alle diese Dinge sind die Franzosen nicht aufmerksam geworden; blos hinsehend auf die canonische Idee der bona fides continua, die sie verwarfen, wurden sie auf die Seitenfälle nicht aufmerksam, und nahmen an, daß nur der in bona fide bei der Erwerbung gewesen seyn müsse, von welchem aus man die Ersitzung datiren wolle. Ein Solcher, der bei seiner Erwerbung bonam fidem hatte, konnte mala fide veräußert, der Empfänger mala fide erworben haben, und die Ersitzung war gültig, weil ja auch der Vormann hätte ersitzen können: ferner der mala fide Veräußernde, dessen Nachmann bona fide empfangen hat, könnte später die wieder erworbene Sache auf den Vorgang und Titel seines Vormanns erwerben, wie der oben angeführte Fall zeigt. [65])

Dann wäre freilich die Ersitzung keine Belohnung der bona fides, aus welcher allein sie richtig beurtheilt wird.

---

65) Der badische Gesetzgeber Art. 2269 a. verändert die ganze französische Ansicht, und verlangt im römischen Sinne, daß der Ersitzende bei der Erwerbung ebenfalls in bona fide sey, aber er sagt nichts darüber, was eintritt, wenn der Vormann in bona fide erwarb und in mala fide veräußerte, ob hier das römische Recht gelten soll oder nicht. Da das badische Recht das französische Recht corrigirte, muß man nicht weiter gehen, als worauf die Correction unmittelbar führt.

Digitized by Google

II. Bei der Verjährung von 30 Jahren wo auf die bona fides gar nichts ankömmt, fallen natürlich alle diese Betrachtungen weg, und die Lehre von der accessio possessionum ist daher hier höchst einfach, d. h. es kömmt weder auf die bona fides des Vormanns noch auf die des Nachmanns an.

§. 16.

Von der dreißigjährigen Verjährung.

Man ging hier keineswegs auf das römische Recht zurücke. Bei den vielen und vielfachen Gewohnheiten Frankreichs fand man in der Contume de Paris Art. 113. den Satz, daß man die 30 jährige Verjährung en matiére personelle et réelle, und die 10 und 20 jährige Verjährung mit Titel und gutem Glauben en matiere réelle anwenden könne. Die erste war eine allgemeine für das ganze Vermögen, auch eine Ersitzung, wenn man sich darauf berufen wollte; die andre fand nur bei dem Eigenthume und zur Befreiung von Pfandgerechtigkeiten statt. Es gab unter den Gerichtshöfen Frankreichs viele, die nur eine einzige, und zwar ohne alle Voraussetzungen von Titel, ohne bona fides u. s. w. stattfindende Verjährung wollten; andre zogen die andere Lehre vor, offenbar schon damals von den Sitten der Hauptstadt gefangen.

Am merkwürdigsten ist es, daß durch den Besitz von 30 Jahren ohne Titel und ohne bona fides eine wirkliche Ersitzung eintritt, und also auch hier dem römischen Rechte in der billigsten Bestimmung Justinians, wornach bei der mala fides nur eine Exception gegen die Klage des Vindicanten ertheilt werden sollte, entgegengewirkt ist.

Im übrigen gibt es über 30 Jahre hinaus kein Privilegium und auch die Immemorialverjährung, die piscatio anguillarum, wie die Franzosen den Italienern nachredeten, findet nicht statt.

Endlich bildet die Verjährung von 30 Jahren die Regel, und wo eine Verjährung ohne Bestimmung der Zeit stattfindet, geht es auf diese hin; dabei muß dann der Erfolg zeigen, welche Wirkungen eintreten, hier ist nur von der Eigenthumsersitzung die Rede; aber diese regelmäßige Verjährung des französischen Rechts wirkt auch als Servi-

Digitized by Google

tutenersitzung, sie wirkt gegen gewisse allgemeine Grundsätze des Eigenthums als beschränkend dasselbe:[66]) sie wirkt endlich als Klagenverjährung.

§. 17.

Von der zehn- und zwanzigjährigen Ersitzung.

Vor Allem ist nochmals über den Umfang derselben zu handeln. Die Meinungen sind darüber in Frankreich sehr verschieden und theilweise gehaltlos. Gewiß ist, daß die Befreiung vom Pfandrechte mit dieser 10 und 20 jährigen Verjährung erreicht wird, freilich vorausgesetzt, daß es nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten gilt.

Wie es mit den rentes fonciers seyn wird, ist zweifelhaft. Es scheint uns, daß hier die deutsche 30 jährige Verjährung einschlage, obgleich die rentes auf der einen Seite den Obligationen sehr nahe stehen, und da die römische Präscription dieses Verhältniß nicht kannte, auch der Code nicht speciell darüber bestimmte: Will man jedoch eine Verjährung annehmen, so kann man nicht die der Freiheit vom Pfandrecht, sondern nur die regelmäßige oder 30 jährige Befreiung zulassen. Anders kann man bei den clausulis resolutoriis sprechen, weil diese unmittelbar auf die Erwerbung des Eigenthums sich beziehen, und die bona fides des Erwerbers nothwendig auch gegen eine solche resolutive Bedingung gerichtet seyn muß.

Jedenfalls endlich kann die Befreiung von Servituten nicht in die 10 und 20 jährige Verjährung gebracht werden. Aber wir sprechen hier nur von den eigentlichen Realservituten. Bei diesen erfolgt die Aufhebung durch nonusus in 30 Jahren. Wohl hat man gefragt, ob nicht ein Dritter die Freiheit von den Servituten zugleich mit der Sache ersitzen könne: und Einige haben eine usucapio libertatis angenommen, andre die Verjährung des vollen Eigenthums; die richtige Meinung aber ist immer die, daß nur die 30 jährige Verjährung entspricht, einmal, weil das Gesetz nicht unterscheidet, das andermal, weil die dreißigjährige Verjährung historisch die Regel bildet, und endlich weil eine Analogie zur Eigenthumsersitzung nirgends angenommen ist.

66) In dieser Beziehung ist sie besonders wichtig.

Digitized by Google

Von Liegenschaften, und namentlich davon, daß die Prädialservituten solche seien, ist hier nicht die Rede, denn diese Rechte werden den Liegenschaften in vielen Beziehungen nur zur Seite gestellt.

Anders steht es mit dem ususfructus und usus. Der Erwerber des Eigenthums kann diese Rechte mit 10 und 20 Jahren wohl nicht aufheben, weil ausdrücklich die Zeit von 30 Jahren vorgeschrieben ist, aber darüber ist großer Zweifel, ob der ususfructus und usus, die offenbar ein directes Recht an der Liegenschaft, dem Eigenthume ähnlich sind, und nur im animus sich etwas vom Eigenthume unterscheiden, nicht aber in der unmittelbaren Disposition, nicht in 10 und 20 Jahren erworben werden können. Wir haben diese Ansicht schon in der Lehre vom Besitze angenommen, obgleich viele diese Rechte für ganz unersitzbar halten, und sie den Liegenschaften nicht gleichstellen, weil nichts darüber im Code ausgesprochen ist. [67])

Um nun auf die 10 und 20 jährige Ersitzung überzugehen, so ist vor Allem gewiß,

1) daß die Franzosen die bona fides nicht aus dem justus titulus hervorgehen ließen, sondern die bona fides in der Art beweißen verlangten, daß sie außer dem titulus in besondern Umständen des Beweises und Gegenbeweises gefunden werde. Die Römer hielten Alles auf den titulus, und nahmen nur beim error facti alieni einen Putativtitel an, weil auch hieraus die bona fides folgte. Die Franzosen aber verlangen zwei Dinge, justus titulus und bona fides. Die letztre ist zwar nicht zu erweisen, aber es soll darüber bis zur Wahrscheinlichkeit verhandelt werden. Die Franzosen erfodern bei dem justus titulus einen solchen, der formell gültig sey, aber wo es daran nicht fehlt, lassen sie auch den titulus putativus zu. [68])

2) In Hinsicht auf das Verhältniß der 10 und 20 Jahre

67) Ganz unrichtig aber ist es, wenn Duranton V. Nr. 543. das Verhältniß der Prädialservituten in der Verjährung dem von ususfructus gleichstellt, denn dieser wird von einem non dominus bestellt, und ist der Analogie des Eigenthums gemäß. Davon weiter unten.

68) Zwar ist gerade darüber ein großer Streit: warum sollte

ſtehen ſie in der alten deutſchen practiſchen Anſicht, indem nach dem Unterſchiede der praesentia und absentia die Zeit der Beſitzer zuſammengerechnet wird.

3) In Hinſicht auf die einzelnen Titel iſt folgendes merkwürdig:

Da der Code ſelbſt nichts im Detail angibt, ſo muß man durchaus auf das römiſche Recht zurückgehen, und nur die Grundſätze des franzöſiſchen Rechts dazu in Prüfung nehmen:

1) pro emtore. Die Bezahlung des Kaufgeldes braucht aber hier nicht, wie im römiſchen Rechte geſchehen zu ſeyn, und es folgt dieſes aus dem Art. 1583. wonach das Eigenthum auch ohne Bezahlung des Kaufpreißes übergeht.

2) pro donato. Hier kann die Verjährung nicht vor ſich gehen, wenn nicht die Form der Schenkung nach Art. 931. beobachtet iſt. Denn wo es an der Richtigkeit der Form fehlt, iſt der Titel ungültig. (Art. 2267.)

3) pro dote. Daß der Ehemann eine ſeiner Frau nicht gehörige Sache verjähren könne, und zwar nicht blos nach dem Dotalſyſteme, ſondern auch nach dem Syſteme, wo beide nicht in Gütergemeinſchaft leben, aber der Mann das Recht an den Gütern der Frau hat, weil hier auch der Standpunkt der dos angenommen wird, iſt klar, ſchon nach römiſchem Recht und nach der Natur der Sache anzunehmen, zuletzt auch von Troplong ausgeführt. Bei der Gütergemeinſchaft verjähren natürlich beide Theile, wohl nicht unter ſich, aber jeder auf ſeinen Theil für ſich; wäre aber

---

ein Erbe nicht eine Sache verjähren, die er für eine hereditaria hält? (Troplong meint, weil die Römer darüber ſtreitig geweſen ſeien) warum ſoll ein Averſionalkäufer eine Sache nicht verjähren, die er im Averſum findet. (Troplong meint aber, es ſei für dieſe Sache kein Titel da,) und gibt es nicht auch große Averſionalkäufer bei Liegenſchaften? Den titulus pro derelicto will Troplong in Rückſicht auf unſre freien und friedlichen Sitten ganz verwerfen.

Der titulus putativus kann im franzöſiſchen Rechte gar nicht aufgegeben werden, weil mit Recht der error juris (da das Recht bei uns nur den feinſten Juriſten zugängig iſt), ganz gleich mit dem error facti gehalten wird, und die bona fides am Ende doch nichts iſt, als ein error!

Digitized by Google

der eine Theil in mala fide, und zwar der Mann, so kann die Verjährung nicht vor sich gehen, weil er der Stellvertreter der ehelichen Gemeinschaft im deutschen Sinne ist, wäre es aber die Frau, so kann dieses ihr nicht schaden, weil im Anfange der Erwerbung sie nicht im unmittelbaren Besitze ist, soferne der Mann das Gut von einem Dritten erwirbt, auch nicht, soferne sie es selbst erworben hat, weil der in bona fide sich befindende Mann nach französischen Grundsätzen die Sache für sie erwirbt.

4) pro herede. Troplong behauptet daß es eine solche Ersitzung bei den Franzosen nicht gebe, denn derjenige, welcher nicht Erbe sey, könne auch nichts ersitzen. Aber eine andre Frage ist es, ob der wahre Erbe, der eine Sache bona fide nimmt, die er in der Erbschaft findet, nicht ersitzen kann. Dieses müssen wir dennoch zugeben, obgleich auch die Römer diesen Titel oft pro suo genannt haben, wie wir gleich weiter unten ausführen werden.

5) pro transacto. Troplong macht hier folgenden Unterschied: wenn Jemand nur eine Liegenschaft vergleichsweise übergibt, so könne die Ersitzung anfangen: wenn Jener aber die Liegenschaft vergleichsweise in meinen Händen läßt, so könne die Ersitzung nicht anfangen. Denn im letztern Falle fange kein neuer Besitz an. Allein dieser Unterschied scheint uns unrichtig. Wenn die transactio als neuer Titel erscheint, und namentlich damit die bona fides begründet wird; so sehen wir nicht ein, warum die Transaction kein Anfang sein könnte, sie ist dann dasselbe, was der Kauf, Tausch, Geben an Zahlungsstatt oder Solution ist.

6) pro re judicata. Diese ist ein guter Erwerbgrund, wenn im Theilungsjudicio oder ex capite judicati eine Sache abgenommen wird: nicht aber wenn blos entschieden wird, denn hier ist keine res nova vorhanden, einmal, weil sie nur jus inter partes macht, ferner, weil sie keine Veräußerung enthält, und dem Vergleiche nicht gleichsteht, endlich weil ja sonst auch aus einem nichtigen Urtheile eine Ersitzung entstehen müßte.

Auch den titulus pro suo kann man zulassen, nicht blos für den Erben, wie schon oben ausgeführt ist, sondern auch für den Bräutigam, wenn demselben Sachen zur dos bereits

Digitized by Google

übergeben sind, wenn man auch auf den casus derelicti oder gar rejudicatae nicht sehen will.

§. 18.

Unvordenkliche Verjährung und Verzicht auf die Ersitzung.

Die unvordenkliche Verjährung gründet sich offenbar in einem Verzichte des Gegentheils. Das französische Recht hat sie insoferne aufgehoben, als aus gewissen Präsumtionen dieser Verzicht entwickelt werden soll, und dabei hat es sein Bewenden. [69])

Auf die Ersitzung aber kann man nicht im Voraus verzichten, denn sie ist das äußerste gleichsam im öffentlichen Interesse eingeführte Mittel der Eigenthumsbegründung und Befestigung.

Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent etc.

Dasselbe ist auch im Art. 2220. des Code gesagt, wobei sich versteht, daß man auf eine durch Ersitzung erworbene Sache durch Schenkung sein Recht vergeben kann.

Im Uebrigen treten hier nicht blos die allgemeinen Beziehungen der Veräußerung ein, wie im Art. 2222. geschrieben steht, sondern vielmehr die besondern Richtungen der Schenkung, und es gehört daher zur Gültigkeit des Verzichtes Alles, was zur Schenkung gehört.

---

69) Sieh auch Art. 691.
Doch sind nicht alle französischen Schriftsteller damit einverstanden.

Dritter Abschnitt.

Vergleichung des Eigenthums an Liegenschaften mit dem Eigenthume an beweglichen Sachen und mit der Erwerbung desselben.

§. 1.

Einleitung.

Der Gegensatz der beweglichen Sachen ergibt sich im französischen Rechte auf eine dreifache sehr complicirte Art:

a) hinsichtlich der Körper, ,

b) hinsichtlich der Rechte, und zwar hier auf eine doppelte Art,

c) hinsichtlich der Bestimmung (Destination) des Berechtigten.

ad a. findet sich Alles nach dem Begriffe der res se moventes und mobiles. Der einfache Gegensatz zu diesen Sachen sind hier Grundstücke und Alles, was fest darauf ruht (Liegenschaften im engern Sinne) [1])

ad b. Gewisse Rechte können nur an Liegenschaften stattfinden und sind daher selbst Liegenschaften, wie z. B. die Beschränkungen des Eigenthums durch Lage und Gesetz, sowie die willkürlichen Grunddienstbarkeiten. Andre finden auch an beweglichen Sachen statt, und sind insoferne beweglich, wie z. B. die Nutznießung und Nutzung.

Ferner sind unter den Klagen, die auf Wiedererlangung einer unbeweglichen Sache gehen, und die gleichsam eine besondre Verletzung des Rechts der Liegenschaften bilden, doch nur diejenigen zu verstehen, welche die Römer als vindi-

1) S. Art. 531.

cationes oder diesen ähnlich darstellten, also die actiones in rem scriptae unsrer Ansicht, keineswegs die Klagen gegen eine einzelne Person auf eine einzelne Leistung, die sich von der Foderung selbst gar nicht unterscheiden, weil hier ein körperliches Verhältniß gar nicht vorkömmt, vielmehr Rechtsbegriff und Klage ein und dasselbe ist, also alle Pacht- und Miethklagen auch auf Liegenschaften, weil es ablösliche Schulden sind, noch mehr Renten, Actien (wenn diese nicht Eigenthumstheile einer Liegenschaft sind. [2])

ad c. ist es möglich, daß eine an sich bewegliche Sache durch die Destination des Eigenthümers zur unbeweglichen gemacht werde, und zwar kömmt es hier nicht, wie im römischen Rechte auf die besondre Intention bei Verkäufen und Vermächtnissen, sondern allein auf die objective Richtung an, in welcher der Hausvater die bewegliche Sache in Beziehung zur unbeweglichen gebracht hat (Verliegenschaften).

Eine unbewegliche Sache kann niemals zur Fahrniß werden, ausgenommen etwa durch den Heirathsvertrag Art. 1500.

In der Untersuchung der Gründe des Unterschieds zwischen unbeweglichen und beweglichen Gütern ist gewiß, daß sowohl der alte deutsche Unterschied der saisine als auch das römische Verhältniß eingewirkt haben, jedenfalls aber der deutsche Gedanke soweit erhoben ist, daß man auch jetzt im französischem Rechte keinen durchgreifenden Unterschied zwischen den res corporales und incorporales machen kann. Die saisine oder Gewähr beruhte in der Auflassung der Liegenschaften, und solcher Rechte, die unmittelbar und zwar gegen jeden Dritten mit der Liegenschaft zusammenhängen, und wofür das ganze alte deutsche Rechtssystem eine eigene Ordnung hatte: Alles andre war ein Recht der Person und

2) Art. 529. Aber die Franzosen haben hier doch einigen Unterschied gemacht. Sind nämlich
a) die Actien nur eine Repräsentation des Rechts, was jeder Theilhaber namentlich bei einer communio incidens hat, z. B. bei einer Erbschaft, dann ist unsre Ansicht richtig,
b) sind die Actien aber blose Folgen eines voraus eingegangenen Societätsvertrags, z. B. um ein Museum zu errichten, denn sind die Actien Theile der Societät, und wenn sie sich auch auf die Liegenschaft gründen, dennoch beweglich.

Digitized by Google

hing mit den persönlichen Rechten zusammen, so daß man ursprünglich nur ein Recht der Liegenschaften und ein Recht der Personen hatte. Daraus erklärt sich denn auch, warum die Klagen auf Liegenschaften im französischen Rechte das sogenannte dingliche Recht bilden. Die neuen persönlichen Verhältnisse des römischen Rechts, z. B. des Pachters trennten sich daher von der auch den Deutschen bekannten Nutznießung, und wurden mit der Aufnahme des römischen Rechts nach römischen Grundsätzen behandelt.

Eben deßhalb ist es erklärlich, wie schon von der Behandlung der alten coutumes her, worauf sich diese Eintheilung zurückführen läßt, dennoch naturgemäß römische Grundsätze prävalirten, die ja ohnehin das neuere feinere Leben der Menschen entwickelten. Indessen sind diese Grundsätze doch auch hier nichts andres, als die Glossen bei unsern Spiegeln, bis im Laufe der Zeiten und namentlich nach dem Code civil, der civilistische Geist der Römer nicht blos in der Form, sondern auch in dem Inhalte immermehr hervortrat.

Oft ist man dann zu weit gegangen. In Deutschland hatte man nämlich wohl auch die Eintheilung in unbewegliche und bewegliche Sachen, allein mit unmittelbarer Aufnahme des römischen Rechts mußte diese nach dem römischen Unterschiede verschwinden, hier wurden denn auch die beweglichen Sachen den unbeweglichen ganz gleichgestellt.

Wenn aber auch französische Juristen auf die römische Eintheilung zurückkamen, so ist dies durchaus unrichtig und dem Geiste des Code civil fremd. [3])

§. 2.

Erwerbung beweglicher Sachen.

Der Begriff von Besitz gibt hier gar keine Grundlage, denn ein solcher findet nur insoferne statt, als der Besitzer

3) Zwar kann man auch hier nicht aus den Worten des Code urtheilen, denn er ist ein sonderbares Gemisch deutscher und römischer Grundsätze und so steht z. B. lib. III. ch. 8. du transport de creances et autres droits incorporels. Es steht also hier neben dem incorporel auch noch das Wort droit.

Digitized by Google

sich nicht zu rechtfertigen braucht, sondern der Beſitz ein Titel für ihn iſt, ihn zum Eigenthümer macht. Dies iſt nun wohl auch im römiſchen Rechte begründet, nur wirkt das franzöſiſche Recht darin mehr, daß der Beſitzer auf den Erwerbtitel von einem Andern ſich gar nicht einzulaſſen braucht. Alſo könnte man den Erwerbtitel ganz beſeitigen, ſelbſt bei geſtohlenen und verlornen Sachen, weil hier Diebſtahl und Verluſt allein das Recht geben; aber in Beziehung auf den Vormann war es doch nöthig den Erwerbtitel zu haben, und dieſer iſt dann Vertrag, Erbſchaft, Schenkung und Teſtament. Ohne Rückſicht auf den Vormann hat man das Eigenthum lediglich durch Acceſſion.

Herrenloſe Güter gehören dem Staat, und nur durch gewiſſe polizeiliche Geſetze läßt der Staat Einige vorgehen, z. B. bei dem Waſſer, Wild, wofür auch in Frankreich von jeher eigne Geſetze waren, ferner bei dem Finden des Schatzes als Belohnung für den Finder.[4] Einige haben oft auch hieher den Begriff der Occupation angewendet.[5]

Eigentlich iſt die Lehre von der Eigenthumserwerbung an beweglichen Sachen im franzöſiſchen Rechte nur deßhalb wichtig, um hauptſächlich in den Verträgen den Gegenſatz der Einräumung zum vollen Rechte von jenem zum theilweiſen Genuſſe, Gebrauche, oder Beſitze zu beſtimmen.

§. 3.

Rechte an den beweglichen Sachen.

Immerhin hat man auch hier im Geiſte des römiſchen Rechts das Eigenthum und die eigenthumsähnlichen Rechte von den andern Rechten des Gebrauches und des Beſitzes unterſchieden. Es hat neuere Schriftſteller gegeben, welche dieſen Unterſchied philoſophiſch aufſtellen wollen, aber nicht in der franzöſiſchen Schule, die immer mehr auf das römi-

4) Ob der Finder auch ſonſt z. B. bei den ópaves ein Recht habe. Zachariä I. §. 200.

5) Sieh auch noch über die Sachen der Feinde, über die in das Meer geworfenen, oder vom Meere oder von einem Fluße ausgeworfenen Sachen — über Bienenſchwärme Zachariä §. 200.

Digitized by Google

sche Recht zurückkömmt,[6]) sondern in der deutschen rationalistischen Schule, wie dies z. B. Brauer und Bekk thun. Der erste unterscheidet Sachenrechte, sachenartige Rechte und das Personenrecht, und versteht unter den ersten das Eigenthum, die römischen und deutschen Servituten, und unter den andern die Pfandrechte, weil sie keine reelle Natur haben, und setzt diesen die Obligationen oder jura in personam entgegen. Noch weiter geht Bekk und entwickelt eine Bemerkung von Brauer in der Art, die Sachenrechte müßten seyn

a) bleibend,
b) selbstständig,
c) für sich bestehend.

Die sachartigen Rechte seien mehr jura in personam, obgleich sie gegen den dritten Besitzer der Sache gehen: dagegen gebe es persönliche Rechte blos gegen das Individuum selbst, oder auch gegen dessen Erben. Die sachartigen Rechte seien nicht bleibend, nicht selbstständig, und bestünden nicht für sich. Aber alle diese Ansichten sind nur Constructionen, und helfen zu Nichts, vielmehr ist rein die römische Idee entscheidend, daß nur das volle und das unbeschränkte Recht oder blos das in diesem Gegensatze beschränkte Nutzungsrecht, d. i. der ususfructus und usus eine Art von Eigenthum bilden, andere Beschränkungen aber blos Rechte gegen den Betheiligten gewähren. Und bei beweglichen Sachen ist auch das erste nur eine obligatio, bis auf die gestohlenen und verlornen Sachen, und auch bei diesen verjährt und resp. erlöscht die revendication in drei Jahren.

Also nur zur Einsicht der Theorie und nicht weiter genügt die Verweisung auf das römische Recht.

Wenn nun aber auch bei dem Pachte von Liegenschaften

6) So unterscheiden die Franzosen mit Recht ein dominium directum et utile z. B. bei der Emphiteuse, und am sicherſten besteht dieser Unterschied im badischen Rechte. Freilich hätten die Franzosen mehr auf die strengen Grundsätze der Römer zurückkommen sollen, wornach die Emphiteuse nur ein jus in re aliena ist, zumal sie die Feudalrechte aufgegeben hatten: allein sie blieben auch hier bei ihrer practischen Jurisprudenz.

Digitized by Google

nur ein persönliches Recht entsteht, so sind sich mehr nach dem practischen Tact als nach der theoretischen Einsicht die Franzosen darin fest geblieben, daß der Beständner, dessen Zeit öffentlich, oder sonst fest bestimmt ist, vom Käufer des Bestandguts nicht ausgetrieben werden kann, was eigentlich dem römischen Obligationenrechte gar nicht entspricht, aber doch dadurch zu erklären ist, daß bei den Franzosen Alles eine Obligation ist, und die Richtung des Eigenthums als actio in rem scripta auch hieher ausgedehnt werden konnte. Eben dies aber beweißt, wie man in Frankreich zwischen den dinglichen Rechten und den actionibus in rem scriptis bei unbeweglichen Sachen den römischen Unterschied nicht machen darf.

Das Resultat dieser Darstellung geht dahin, daß man auch bei beweglichen Sachen das volle Recht oder das Eigenthum mit den ihm gleichgeachteten Rechten, wenn auch ohne actio in rem scripta von den übrigen Rechten unterscheiden kann, obgleich in Hinsicht auf die Klage zwischen dem Verhältnisse beider Rechte gar kein Unterschied stattfindet, vielmehr Alles allein blos in dem Inhalte des Rechts selbst besteht.

Ebendeßhalb ist es so nothwendig, das Recht der Liegenschaften strenge zu trennen, weil nur hier im Falle des Eigenthums, der eigenthumsähnlichen Rechte und der Hypotheken eine actio in rem scripta statthat, obgleich man die letzten nicht zu den Liegenschaften rechnet, weil sie sich nicht unmittelbar auf die Sache, als vielmehr auf den Verpfändungsvertrag beziehen, wie dieses ja oben auch bei den Gesellschaftsactien vorkam.

§. 4.

Der Haupt-Unterschied in den Erwerbarten bei unbeweglichen und beweglichen Sachen findet in der Accession statt.

Sowohl in der Erwerbung der Sache selbst durch Vertrag, Schenkung, Erbschaft, Testament ist bei unbeweglichen und beweglichen Sachen die Grundlage gleich; auch die Nutznießung, Nutzung und das Pfand wird auf dieselbe Art bestellt, nur daß das Besitzpfand auf unbewegliche Sachen nicht

Digitized by Google

anwendbar ist, sondern hier nur als antichretischer Vertrag erscheint [7]). Dabei handelt es sich hier nur von den Formen, nicht von dem Effect.

Also ist mit Recht nur eine einzige Art der Erwerbung, nämlich bei Accessionen in beweglichen Sachen angenommen. Man unterscheidet hier

a) das Zuwachsrecht auf das, was die Sache hervorbringt, (Art. 547 — 550)

b) das Incorporationsrecht, (Art. 565 — 576.)

ad a. gehören hieher der Ertrag und Zuwachs des Viehes Art. 585. Vorausgesetzt wird freilich, entweder, daß der Erwerber Eigenthümer des Mutterthiers sey (darüber steht zwar Nichts im Code, aber es wird aus dem römischen Rechte entlehnt,) [8]) oder redlicher Besitzer ist, oder in dem Zustande ist, wodurch der Herr ihm die Jungen eingeräumt hat, wozu übrigens nicht blos das Nutznießungs- oder Nutzungsrecht, sondern auch das persönliche Recht genügt. [9])

ad b. Bei der Incorporation hat sich das französische Recht so wenig an ein Princip gehalten, wie einst Justinian. Natürliche Billigkeit soll hervorretend seyn, und nur Beispiele sollen in den gesetzlichen Texten gegeben werden. Die meisten Schriftsteller unterscheiden adjonction, specification und commixtion.

---

7) Der Präscription bedarf es bei beweglichen Sachen nicht, weil der Besitz der Titel ist, und nur eine Extinctivverjährung von 3 Jahren kömmt bei gestohlnen und verlorenen Sachen vor. Die Unterschlagung bildet aber keinen Diebstahl, denn hier gilt der Satz: Hand muß Hand wahren: und dies ist der eigentliche Grund, warum hier das deutsche Strafrecht, welches die Unterschlagung consequent für keinen Diebstahl erklärt, ganz richtig vom römischen furto abweicht. Es bedarf daher bei geliehenen und veruntreuten Sachen nicht einmal einer solchen Extinctivverjährung.

8) l. 5. §. 2. D. 6. 1. Toullier Nr. 108. in der Note 1.

9) Toullier Nr. 108. Die Römer sprechen freilich richtiger hier vom Vertrag oder Tradition.

Digitized by Google

§. 5.

Fortsetzung. [10])

I. Zuerst ist der Grundsatz aufgestellt, daß das principale von selbst das accessorium nach sich ziehe, wobei denn freilich ein großer Streit über den Begriff des principale ist. Der Art. 567. gibt den Gedanken an, daß diejenige Sache die Hauptsache sey, mit welcher die Andere nur zum Gebrauch, zur Verschönerung oder zur Ergänzung vereinigt wurde. Aber auch dieser Satz ist nicht entscheidend, denn wäre die Nebensache von größerem Werth, so kann der Eigenthümer dennoch verlangen, daß seine Sache getrennt werde [11]), woraus aber wieder folgt, daß jedenfalls also auch im früheren Falle der Adjungent die Sache zurückgeben kann, weßhalb auch hier gar nicht dasjenige unter adjunctio verstanden wird, was die Römer darunter verstehen [12]), und weßhalb man auch im Code die speciellen Fälle der adjunctio, wo die Trennung der Sache unmöglich ist, und die Fälle der actio ad exhibendum nicht unterschieden hat. Dennoch glauben wir, daß auch hierauf das römische Recht angewendet werden kann, einmal weil der Code nur Beispiele und allgemeine Instructionen an den Richter gibt, andere Richtungen namentlich des römischen Rechts auf keine Weise ausschließt, das andremal, weil man in solchen Dingen immer das strictum jus der Römer und das aequum jus der neueren Zeit vergleichen und dasjenige Resultat finden kann, was dem vorliegenden Falle am meisten entspricht [13]).

Die Franzosen gehen noch weiter, und geben dem Richter sogar das Recht, bei Sachen von gleichem Werthe ein

10) Diese ganze Lehre bestimmt nur das Verhältniß des Arbeiters zum Herrn, denn ein Dritter braucht sich darum gar nicht zu kümmern, weil ihm der Besitz den Titel gibt, und bald der Eigenthümer des Stoffes, bald der Arbeiter, der ihm die Sache nicht übergeben hat, keinen Anspruch an ihn machen kann.

11) Art. 568.

12) l. 23. §. 5. D. 6. 1. l. 6. 7. §. 2. D. 10. 4.

13) Andere halten sich an den Buchstaben des Art. 566. Demante cours de dr. civ. I. §. 570.

Digitized by Google

Princip, welches vorzüglich entscheidet, jene Sache für die Hauptsache zu halten, die am körperlichen Umfange die beträchtlichste ist [14]).

Bei dieser großen Unbestimmtheit der Verhältnisse ist es sehr schwer, den Richter von der Willkühr zu befreien.

Noch unrichtiger aber ist die Bestimmung über die Entschädigung. Diese findet

a) statt, wenn die verwendete Sache in Natur vindicirt werden könnte,

b) wenn der Verwender in culpa war. Bei dem dolus treten sogar strafrechtliche Verfügungen ein. Kann die Sache vindicirt werden, so haftet der Betheiligte auch bei dem casus, d. h. er muß die Sache herausgeben, es wäre denn, daß er nicht locupletirt wäre. Würde nämlich hier der Betheiligte eine andre Sache nach dem Art. 576. gewähren müssen, so wäre derselbe gestraft, was doch bei dem casus nicht eintreten kann, und weßhalb es auch im Art. 577. „nach Umständen" heißt.

Allein diese unsre Ansichten kommen erst ex interpretatione keineswegs aus den Worten und aus dem Geiste des Gesetzes.

Wenn die Verbindung mit Wissen des Eigenthümers der Nebensache gemacht ist, dann kann er nur dem Vertrage nach eine Art von Entschädigung verlangen.

II. Sehr sonderbar ist noch die Lehre von der Specification ausgeführt:

a) gehört der ganze Stoff einem Andern, ohne Rücksicht, ob die neue Sache wieder in den alten Stand gebracht werden kann, oder nicht, so gehört die Sache dem Herrn des Stoffes, der aber die Arbeit bezahlen muß, aber dazu hat er das Wahlrecht, denn er kann auch den Ersatz seines Stoffes verlangen. Zwischen bona und mala fides des Künstlers, zwischen Wissen und Nichtwissen des Eigenthümers ist nicht unterschieden [15]). Nur wenn der Werth der Arbeit den Werth des Stoffes überschreitet, hat die Industrie die Uebermacht, und der Künstler braucht nur den Werth des

14) Art. 569.

15) Art. 570.

Stoffes zu bezahlen, ohne weitern Unterschied der Grundlage [16]) Schreiber und Maler erwerben also ohne weiters Papier und Stoff.

b) gehört der Stoff nur zum Theil dem Andern und zum Theil dem Künstler, und die Trennung läßt sich so leicht nicht machen, so wird die neue Sache gemeinschaftlich, z. B. jeder von beiden Stoffen koste 1000 fl., die Arbeit 2000 fl., so wird der Künstler Herr zu $^2/_3$. Wäre aber der industrielle Werth sehr bedeutend, so kann der Künstler auch hier den Stoff bezahlen. Ließe sich die Trennung vornehmen, so würde bei einer großen Bedeutung der Arbeit auch hier der Künstler nicht zu zwingen seyn, die getrennte Sache herauszugeben, weil er sonst seine Arbeit verlieren würde.

Ist daher auch die Unterscheidung nicht ganz zutreffend, so ist doch mit Recht das Industrialprincip oben angehalten.

III. Die Römer haben die Lehre von der Commixtio und Confusio nach der Natur des Objects beurtheilt, d. h. wenn die Trennung der einzelnen Theile deßhalb nicht möglich ist, weil man in ihrer Vermengung sie selbst nicht mehr erkennen kann. Das französische Recht nimmt einen andern Standpunkt an. Wenn man nämlich nicht sagen kann, welche Sache die principale sey, also das Princip der Accession nicht Platz greift, und die Trennung, nachdem die Vermischung ohne Wissen des einen Theils geschehen ist, nicht möglich ist, dann trit die gemeinsame Richtung des Eigenthums ein. Also von Commixtion und Confusion wie bei den Römern kann hier nicht die Rede sein. Nicht das Verhältniß der Quantität, sondern auch das der Qualität und des Werths bestimmt die Anzahl der Theile [17]). Aber auch hier ist bestimmt, daß wenn das Recht des einen Eigenthümers zu bedeutend ist, er ohne weiters verlangen kann, den andern hinauszuzahlen [18]). Die Commixtion bringt eo ipso mit sich, daß auf die Art der Verbindung und den animus des einen und andern Theils gar nichts ankömmt.

---

16) Art. 571. In unsrer Zeitschrift III. Band haben wir ausgeführt, daß dieses der richtige Standpunkt der Gesetzgebung ist.

17) Art. 573.

18) Art. 674.

Digitized by Google

§. 6.

Vom Miteigenthume im Allgemeinen.

Diese Lehre ist im französischen Rechte von besondrer Bedeutung, weil sie verschiedene Gegensätze darbietet, die im römischen Rechte nicht gekannt waren: nämlich

a) es gibt ein Recht der mitoyenneté aber nur bei unbeweglichen Sachen, wo Jeder dem Andern gegenüber als zur Servitut berechtigt, behandelt wird, aber kein Miteigenthum oder kein Eigenthum eines Einzelnen vorkömmt, gleichwohl die Berechtigten als insoweit im Miteigenthum stehend angenommen werden, daß keiner ohne den Andern etwas an der Sache vornehmen darf,

b) es gibt ein Gesammteigenthum der Familie, welches die Franzosen im altdeutschen Geiste ihrem Erbrechte zu Grunde gelegt haben.

Da nun beides auf bewegliche Sachen nicht anwendbar ist, so besteht für diese nur das römische Miteigenthum.

Dieses Verhältniß resortirt aus der vertragsmäßigen Lehre von der Theilung, setzt nothwendig einen aliquoten Theil an der unbeweglichen oder beweglichen Sache voraus, ist ein Recht pro indiviso, weil erst die Theilung darauf gegründet werden muß, und es treten überhaupt die römischen Grundsätze ein. Wenn Jemand eine bewegliche Sache verkauft, von der er nicht allein Eigenthümer ist, dann kömmt es lediglich auf seinen animus an, denn er kann als Dieb bestraft werden, wenigstens als Unterschlager, soferne er des andern Gut treulos weggibt, aber besondre Grundsätze kommen hier nicht vor. Also auch hier gilt das römische Recht. Allein wenn Jemand unbewegliche Sachen veräußert oder verpfändet, von welchen er weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, und also den Vertrag an sich nicht schließen kann, dann wird der Stellionat auf ihn angewendet, und daher bedarf es hier keinen animus lucri faciendi, sondern nur der scientia im Allgemeinen, auch nicht im Einzelnen eines dolus, und ebendeßhalb muß er sich nach dem Art. 2059. ohne weiters mit dem andern Theile auseinandersetzen und zwar so, daß er den Vertrag halten muß und bis dorthin sogar einer persönlichen Haft sich un-

Digitized by Google

terwirft. Den Vertrag kann er halten, indem er nur auf Theilung zu provociren braucht, wobei er denn das Object kaufen und ausliefern kann.

Dasselbe findet auch bei beweglichen Sachen statt und zwar überall dann, wenn der Betheiligte selbst einen Theil daran hat; nur ist bei beweglichen Sachen die Personalhaft nicht begründet, vorbehaltlich jedoch derjenigen Verhältnisse, welche in das Strafrecht fallen.

Digitized by Google

Vierter Abschnitt.

Ueber die Klagen bei dem Eigenthume und über den Verlust desselben.

§. 1.

Ueber die Klagen und Einreden.

Mit gutem Grunde steht darüber Nichts in dem französischen Rechte.

Dereinst bei den Römern machte sich die Entwickelung der Rechtssätze prozessualisch in den Gerichten der Centumviren, des Prätors und erst zuletzt durch die nachbildende Richtung der Juristen. Noch immer muß das römische Recht außer den Fundamentalsätzen der XII. Tafeln durch actiones et exceptiones, interdicta et restitutiones aufgefaßt werden. Das römische Recht ist nicht auf eine streng dogmatische Weise zu studieren, sondern lediglich in der geschichtlichen Weise seiner Bildung.

Im Mittelalter suchte man das römische Recht zu erkennen, classificirte sogar die Rechte nach den Klagen, und während die Römer nur ein jus personarum et rerum in der Theorie, und ein jus actionum in der Praxis hatten, weil dort das System des Civilrechts, hier die practische Bildung prävalirte, woraus Justinian selbst in der Verbindung der beiden Quellen ein jus personarum rerum et actionum machte, so hatte man jetzt durch die Ansicht der Glossatoren die jura realia et personalia mit Rücksicht auf die einzelnen Klagen gebildet, indem man unter den erstern die Rechte verstand, welche durch eine actio in rem, unter den andern aber diejenigen, welche durch eine actio in personam verfolgt wurden. Mit Recht blieben daher die Glossatoren auf dem practischen Standpunkte und ihre Classification der

Digitized by Google

Rechte war nur eine Anwendung der Klagen. Daher darf man auch dingliche und Obligationenrechte nicht mit Sachenrecht und Perſonenrecht der Römer verwechſeln.

Dieſen practiſchen Standpunkt haben auch noch die Franzoſen, ihrer Schule nicht untreu. Sie ſprechen von dinglichen und von perſönlichen Rechten, immer nach den Klagen; ſie haben aber auch die Inſtitutionen-Eintheilung der Perſonen und der Sachen (lib. I. II.) Erwerbung der Sachen (lib. III.)

Sowie aber in der practiſchen Entwickelung unſeres Rechts der alte Begriff von exceptio unterging, weil ſtrenges Recht und Billigkeit zu einem Syſteme zuſammenwuchs, ſo geſchah es auch mit den Klagen [1]). Die Formularrückſicht war unter Juſtinian und zwar ſchon ſeit den Kaiſern Dioeletian und Maximian weggefallen, und die Materialrückſicht ging damit unter, daß der Unterſchied von Civil- und natürlichen Obligationen gänzlich ſich veränderte, abermals wieder ſtrenges Recht und Billigkeit ſich vereinigten, und man höchſtens noch gewiſſe Pflichten des chriſtlichen Lebens den Rechtspflichten gegenüberſtellte.

Im Ganzen ſind übrigens alle neuen Geſetzgebungen hierin gleich, auch die Oeſterreicher und Preußen ſprechen ſo wenig wie die Franzoſen von den Klagen, aber ſehr unrecht iſt es, wenn Profeſſor von Stubenrauch die Arbeit des Giuseppe Antonio Conti delle actioni [2]) verwirft, weil derſelbe die Idee hat, römiſches Recht mit dem öſterreichiſchen zu vergleichen.

Vielmehr wird dieſer Punkt immer ein Gegenſtand unſrer Wiſſenſchaft, d. h. der Verbindung des Neuen mit dem Alten bleiben. Wir werden immer an die alten römiſchen Klagen denken müſſen, um uns das reglementariſche Recht der neuen Geſetzgebungen in die Form der Anwendung zu überſetzen [3]).

1) Die Billigkeit wird übrigens immer auch in unſern Gerichten anzuerkennen ſeyn, wo die Römer ſie aufſtellten, z. B. die exceptio rei venditae et traditae gegen die Eigenthumsklage, obgleich die Franzoſen nichts von der erſteren ſagen.

2) Milano coi tipi di Madai e Rivolta 1822.

3) Ebendeßhalb hat auch der Caſſationshof ſchon im Jahre 1809.

Digitized by Google

Demnach werden zwei Punkte hier von der größten Bedeutung sein: nämlich

1) man wird die Klagen des neueren Rechts aus dem neueren Systeme finden, und man wird so Besitz- und Eigenthumsklagen unterscheiden, nicht aber vindicatio, actio publiciana, interdicta. Die römische publiciana gibt es im französischen Rechte nicht mehr, denn der Beweis bietet hier andre Verhältnisse dar. Wer die Eigenthumsklage anstellt, beweißt sein Eigenthum durch das Recht des Vormanns oder durch die Ersitzung, oder Jener nimmt die Besitzklage, die in der That der publiciana hier ganz nahe steht. Also immer auf die Klagen wird man abermals hinwirken, doch im neueren Geiste.

2) Die Klagen gehen jetzt einfach auf eine bestimmte Person oder bei Liegenschaften gegen jeden, der die Sache besitzt. Im Ganzen ist der Zweck aller Klagen obligatorisch, denn es kömmt die ganze Schadensleistung dazu, und man kann hier die einfache Obligationenklage und die actio in rem scripta annehmen, denn nie geht die Klage und deren Erfolg blos auf eine Sache, als vielmehr auf dasjenige, was ein bestimmter Beklagte entweder durch die Sache oder auf andre Art zu leisten hat. Soweit waren theilweise auch die Römer gekommen.

Gleichwohl aber hat der franz. Code auf alle diese Verhältnisse sich nicht eingelassen, weil es eine Sache der Theorie an sich, oder der theoretischen Praxis ist, wie man jetzt diese Art juristischer Wissenschaften zu nennen pflegt [4]).

einen Entwurf über die neuere Eintheilung der Klagen geschrieben, Sirey tom. IX.

4) Doch ist Manches sehr wichtig, z. B. wenn Jemand eine Sache einem Dritten abfodert, weil dieser das Geschäft garantiren müsse, wodurch der Kläger die Sache erwarb, (adjecta causa bei den Römern — action en garantie bei den Franzosen) so kann der Beklagte nicht die Herausgabe der Sache verweigern, und sich zur Interessenprästation erbieten; ferner wenn der Beklagte umgekehrt sich darauf beruft, der Kläger müsse die Handlung vertreten, wie z. B. der Bürge, so kann der Beklagte nicht für schuldig erkannt werden, die Sache herauszugeben, und eine Interessenklage anzustellen, und es folgt dies Alles aus dem römischen Rechte namentlich der exceptio rei venditae et traditae.

Auf dieses Verhältniß hat

Es bedarf daher keiner eigenen Anwendung, wie die Klagen anzuſtellen ſeien, denn Alles iſt hierin *proceſſualiſch*, und ſowohl das Fundament der Klage wie das petitum muß nach ſolchen Grundſätzen gefunden werden. Es kömmt in unſerm Falle Alles darauf an, ob man poſſeſſoriſch oder petitoriſch klagt: im erſten Falle wie in dem zweiten liegt es zunächſt im petitum. Dort will man im Beſitze, hier im Rechte geſchützt werden. Kein Richter hat das Recht eine Klage zu verwerfen, die klar und geſund auf dieſem petito ruht. Der franzöſiſche Caſſationshof hat dieſes neuerdings [5]) ausgeſprochen, ſoferne nur ſonſt aus den Prozeßhandlungen hervorgehe, daß der Beſitz mehr als ein Jahr beſtanden habe, und vor kurzem geſtört worden ſey. Ja der Caſſationshof beruft ſich ausdrücklich darauf, daß der Art. 2228. des Cod. civ. nichts verlange *als den Beſitz*, nicht einmal den einjährigen, daß dieſer alſo la materie de la possession mache, und daß die Zeit des Beſitzes und der Störung (an et jour) nur den neueſten Zuſtand der Dinge andeuten müſſe, *was freilich aus den angführten Handlungen hervorzugeben habe*. Keineswegs ſoll aber im franzöſiſchen Rechte das possessorium die Richtung haben, die Prozeßordnung bei dem petitorio zu beſtimmen, wie dereinſt bei den Römern, ſondern dieſer Schutz iſt ein Mittel — ohne Weitläuftigkeit des Beweiſes und ohne von gewiſſen auf die Billigkeit tendierenden Einreden beeinträchtigt zu werden, zum vorläufigen Reſultate in der Sache ſelbſt zu kommen. In der erſten Rückſicht kann daher auch der poſſeſſoriſche Prozeß beſchränkt werden, aber gewiß nur ſo, daß es nicht auf die Erſitzung oder auf das jus auctoris, ſondern in gewiſſen Punkten der nicht continuirlichen oder nicht apparenten Servituten blos auf den nächſten Titel ankömmt. *Mit dem Ausſchließen der Einreden iſt dann genug gewonnen*. Dieſes führt

1) *wegen der Klage* ſchon der Caſſationshof im Jahre 1809. aufmerkſam gemacht, (*Sirey* tom IX.)

2) die *Einrede* aber hat er überſehen; ſie bedeutet daſſelbe, wie die Klage, und es iſt ein bekannter Satz, daß, wo eine Klage ſtattfindet, die Einrede auch in derſelben Richtung ſtattfindet. (fin de non recevoir.)

5) Droit, journal général (année 1841. Nr. 83.)

Digitized by Google

denn wieder darauf, daß der Art. 25. der franzöſiſchen Prozeßordnung, wornach das possessorium und petitorium nicht ſollen ineinander geſpielt werden, keineswegs den Sinn hat, als dürfe man im poſſeſſoriſchen Prozeß nichts von den Gründen des petitoril ſagen, ſondern nur, daß nicht wie im canoniſchen Rechte gegen das petitum actionis, welches auf Beſitz geht, gleich petitoriſch erkannt werde.[6]) Vielmehr erklärt der oben angeführte Caſſationshof auf das deutlichſte und natürlichſte Folgendes:

> que le juge du possessoire a toujours le droit et souvent même l'obligation de consulter les titres, non pas pour reconnaitre l'existence on la non existence du fait de possession, mais pour apprécier la nature et le caractére de cette possession, dont il est juge.

Unumgänglich nothwendig iſt dieſes bei dem Beſitze der Rechte, ja überall bei dem Beſitze, weil es gewiß, wie überall, unrichtig iſt, factum und jus trennen zu wollen.

Bei dem petitorio im Gegenſatze des possessorii gibt es im franzöſiſchen Rechte nur eine Klage die revendication, die zwei beſtimmte Rückſichten einſchließt:

I. Der Kläger muß entweder die Erſitzung erweiſen, oder doch darauf hinführen, daß der Erſitzungsbeweis im Zweifel durch Eid oder Vermuthungen hergeſtellt werden kann. Es kömmt nämlich im franzöſiſchen Rechte nichts von einem beſondern Verhältniſſe des beſſeren zum ſchlechteren Beſitzer vor, nur daß der einjährige Beſitzer ein guter iſt. Daß der erſitzungsmäßige Beſitzer dem nicht erſitzungsmäßigen gegenüber beſſer ſey, iſt deßhalb nicht angenommen, weil der erſte durch die gewöhnliche Beſitzſchutzklage ſich helfen kann. Alſo paßt die publiciana gar nicht in den Geiſt des franzöſiſchen Rechts, und es wäre der einzige Fall denkbar, wo jemand, der die Sache oder das Recht noch kein Jahr hat, gegen einen ſchlechteren Beſitzer geſchützt ſein wollte, und hier iſt gewiß anzunehmen, daß die Franzoſen die complainte zugelaſſen haben. Oder ſollten ſie für einen ſolchen Fall die Beſitzſchutzklage verwerfen, um gerade für ihn ein

6) Roßhirt Zeitſchrift I. Band S. 234.

neues Mittel, die publiciana, einzuführen, die ohnedies bei den Römern eine andre Tendenz hatte.

II. Die Entscheidung bei der Eigenthumsklage geht im Ganzen wie im neuesten römischen Rechte vor sich, freilich nur auf Liegenschaften, aber gerade so, wie im römischen Rechte gegen den Besitzer, jenachdem er in bona oder mala fide ist, der dann durch Gegenrechnungen, Evictionsansprüche, manchmal sogar durch Ersatz des Kaufpreißes gedeckt ist, ja dieser kann deßhalb das Retentionsrecht ausüben, und es ist die Klage hiernach gerade so anzusehen, wie bei der actio quod metus causa [7]). Der Beklagte kann auch aestimatio statt der Sache prästiren müssen, und im Ganzen hat der Kläger nur den einzigen Vortheil, daß der Besitzer ihn nicht wie der Detentor an einen Andern verweisen darf.

Die negatoria hat gerade dieselbe Stellung wie im römischem Rechte.

§. 2.

Von den wichtigsten Fällen des Verlustes am Eigenthume.

Schon die Römer hatten den allgemeinen Begriff des in bonis esse oder der actiones, und insoferne ist freilich Alles, was ein Vermögensrecht, gibt, Eigenthum. Aber die Römer haben wieder

a) das volle Recht, d. h. die Sache zu verbrauchen und zu veräußern,

b) an Körpern, und durch beides das Eigenthum zunächst in Betracht genommen:

Dieses volle Recht haben sie erweitert durch eine actio in rem. Zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen war kein Unterschied. In diesem engern Sinne bedeutete dann Eigenthum nicht nur etwas materiell Ausschließendes, sondern auch das Recht gegen jeden Besitzer, das eigentlich Vindicatorische. Daraus folgte aber wieder, daß das Recht in den Händen eines Dritten nur Bestand hatte, wenn es vom Eigenthümer eingeräumt war. Also das von einem Nichtberechtigten eingeräumte Recht macht das Eigenthum nicht verlieren. Nur bei beweglichen Sachen macht das fran-

7) l. 18. D. h. t.

Digitized by Google

zöſiſche und deutſche Recht eine Ausnahme, wenn dieſe nicht geſtohlen oder verloren ſind.

So ſteht es mit dem juriſtiſchen Grunde des Verluſtes des Eigenthums. Auf die phyſiſchen Gründe wollen wir nicht eingehen, aber zwei Dinge ſind hier wichtig, nämlich ex mutatione animi des Herrn, und ex mutatione der Subſtanz der Sache.

I. Die Derelietion d. i. der Gedanke des Eigenthümers ſein Recht aufzugeben, genügt; er kann den Beſitz haben, aber nicht das Recht; er kann aber, ſolange er den Beſitz hat, jeden Augenblick ſeine Geſinnung ändern, und wieder Eigenthümer werden. Dieſes Verhältniß paßt ſowohl zu beweglichen als zu unbeweglichen Sachen. Zu bemerken iſt, daß die Handlung als eine einſeitige erſcheint, weder eine Annahme eines Andern, noch ſonſt etwas erfodert. Die Sache wird vielmehr res nullius und gehört dem Staate. In der Derelietion liegt alſo gewiß keine Schenkung. Es wäre aber möglich, daß das Derelinquirte nicht dem Staate zufiele, ſondern ſich mit dem Eigenthume eines Andern conſolidirte, dafür haben wir drei Fälle:

a) bei der mitoyenneté nach Art. 656. wo jeder Miteigenthümer einer gemeinſchaftlichen Mauer, welche kein ihm zugehöriges Gebäude ſtützt, ſich von dem Beitrag zum Unterhalte und zur Wieder-Erbauung durch Verzichtung ſeines Rechts an der Gemeinſchaft losmachen kann. Natürlich aber entſtehen dadurch nur privatrechtliche Verhältniße, keineswegs aber kann ſich der eine Theil, oder können ſich beide Theile von den polizeilichen Folgen des daraus entſtehenden Verhältniſſes losmachen.

b) die Verzichtleiſtung des Nutznießers oder Servitutberechtigten. [8])

c) die Derelietion eines Pfandrechts zu Gunſten des Schuldners. [9])

Dieſe drei Verhältniſſe ſind in keiner Beziehung pure Erlaßverträge, denn entweder entgeht der Derelinquent da-

8) Art. 622.

9) Der Art. 2172. macht den dritten Beſitzer durch die Dereliktion der Pfandſache von der Bezahlung der Schuld frei.

Digitized by Google

durch einer Laſt, und ſchon darin liegt das wirklich oder in Zukunft Onerose, und überhaupt ſoll hier in den Rechten gar nicht unterſucht werden, ob eine Schenkung vorhanden ſey, oder nicht.

Nur wenn die Gläubiger eines Nutznießers eine zu ihrem Nachtheile geſchehene Verzichtleiſtung für nichtig erklären wollen, iſt es geſtattet, und auch ſonſt ſind die allgemeinen Grundſätze hier anwendbar, welche den Gläubigern z. B. in der Paullianiſchen Richtung bewilligt ſind.

Dagegen iſt auch in allen dieſen Punkten eine Acceptation deſſen nicht nöthig, zu deſſen Nutzen zunächſt die Derelietion führt. Es iſt eine durchaus einſeitige Handlung.

Derjenige, welcher ſeine Güter der Schulden wegen cedirt, begeht auch keine Derelictio. [10])

Wie es nun zuletzt mit dem Erlaſſe einer bloßen Foderung ſtehe, iſt zweifelhaft. Im Allgemeinen könnte man ſagen, er enthalte eine Schenkung; allein Viele haben mit Grund bemerkt, daß der Begriff Schenkung ein Gedanke des Lebens iſt, der erſt durch beſtimmte geſetzliche Richtungen juriſtiſch gemacht werden muß. Zunächſt wird die Schenkung ein Rechtsgeſchäft durch Vertrag, denn die traditio iſt auch ein Vertrag. Ebendeßhalb haben die Franzoſen angenommen, die Schenkung müſſe eine beſtimmte Acceptation des Beſchenkten für ſich haben; dadurch wird ſie denn wohl unter den beiden Theilen rechtsverbindlich, gegen den Dritten aber erſt durch die Transſcription.

Aber der Erlaß einer Foderung iſt bei den Franzoſen keine Schenkung. Toullier [11]) nennt daher einen ſolchen Erlaß eine indirecte Schenkung, und läßt darauf nicht anwenden, was von der Beiziehung der Notare und vom Wiederrufe auf die Schenkungen angewendet worden iſt. Man kann auch nicht viel um die politiſchen Gründe der Sache ſtreiten, wie zuletzt v. Savigny §. 176. ſeines Pandectenſyſtems gethan hat, genug, daß derjenige, der einem beſtimmten Schuldner etwas erläßt, nicht durch reine Freigebigkeit von ſeiner Seite, ſondern durch beſondre Rück-

10) Art. 1269.

11) tom. V. §. 312.

ſicht auf die Noth und Individualität ſeines Schuldners beſtimmt wird.

Indeſſen iſt ein ſolcher Erlaß im franzöſiſchen Rechte an eine Acceptation nicht gebunden, wie man ſchon daraus ſieht, daß auch der Mitſchuldner, der von dem Erlaſſe gar nichts weiß, ipso jure ſolvirt wird. [12]) Und ſo iſt dieſes Inſtitut im Ganzen der Dereliction vollkommen ähnlich, und kein Vertrag, obgleich die Römer durchaus es für einen Vertrag anſehen, und Einige ſogar dieſes auf die Remiſſion des Pfandes anwenden wollen, weil das Pfandrecht mehr eine obligatio als ein wirkliches dingliches Recht ſey. —

§. 3.

Fortſetzung.

II. Es iſt hier nur von Liegenſchaften die Rede. Die Franzoſen haben hier einen andern Gegenſatz, wie früher im Waſſerrechte aufgeſtellt: nämlich

a) bei Seen und Teichen,

b) bei fließendem Waſſer.

Im erſten Falle nämlich erkennt man bald, daß der Umfang des Waſſers ſich erweitert oder verengt nach einem gewiſſen Raume. Dieſer Raum iſt entweder abgemeſſen, oder doch ſo beſtimmt, daß man überall die nachbarlichen Grenzen wahrnimmt. Dabei hat es ſein Bewenden, und würde eine nachbarliche Länderei bleibend eingenommen, was ſelten eintreten wird, ſo würde wohl ſolange das Eigenthum des Nachbars ruhen, aber auf keine Weiſe verloren gehen. Möglich iſt es ja, daß der See wieder ſeine alte Richtung annimmt. Es thut auch Nichts zur Sache, wenn mit den Seen ein fließendes Waſſer ſich in Verbindung geſetzt hat, denn gerade hier tritt dann am beſten die Richtung hervor, daß aller Ueberfluß in dem fließenden Waſſer abzieht, und daher eine Erweiterung des See's am wenigſten zu fürchten ſteht [13]).

Im andern Falle aber iſt eine Art von Tauſch angenommen, wenn nämlich das fließende Waſſer ſein Beet verändert, ſo ſollen die Eigenthümer, welche ihr Land dadurch

12) Art. 1284. und 1285. (Gegenſatz)

13) Art. 558.

verlieren, in das freiwerdende Land eingewieſen werden, wobei freilich vorausgeſetzt wird, daß eine ſolche Vornahme ausführbar ſey. Jedenfalls aber wird dem Verlierenden der Weg einer Entſchädigung eröffnet. Es iſt ſehr ſchwer, in ſolchen Fällen einen dergleichen polizeilichen Satz anzunehmen; und viel richtiger iſt das römiſche Princip, wornach der Verlierende den Umſtänden der Natur weicht, und für die Gewinnenden das Alluvionsrecht eintrit. Zwar iſt die deutſche Praxis, die überall eine vage Billigkeit in ihr Verhältniß aufgenommen hat, weil der alte Gegenſatz das strictum et aequum jus nicht mehr beſteht, darauf gefallen, aus der Locupletation des einen Theils einen Anſpruch für den andern zu entwickeln, ſoferne daſſelbe Ereigniß der Grund des Gewinnes und Verluſtes für beide Seiten war; allein will man dieſes in Geld annehmen, d. h. in einem beſtimmten Preiße, ſo müßte man wohl auch in Anſchlag nehmen, daß derjenige, welcher ſein Waſſer verliert, auch dieſe Ungunſt in die Wagſchale ſeiner Entſchädigung legen könnte, und daß mit einem Worte der Zufall Recht und Quantität des Rechts ohne feſte Unterlage gewähren müßte. Ebendeßhalb iſt der Code auf die bloße materielle Ausgleichung gekommen, die wir aber auf keine Weiſe für ausführbar in den meiſten Beziehungen des Lebens halten.

Im Ganzen müſſen diejenigen den Satz anerkennen, welche den Standpunkt der locupletatio des einen Theils behaupten [14]; allein alle ſolche Sätze ſind mehr Sätze für die als Lehrbücher auftretenden Geſetzbücher als für das practiſche Leben.

14) Auch im römiſchen Rechte hat man in der locupletatio einen Rechtsſatz finden wollen. Zuletzt Sell im erſten Hefte ſeiner Abhandl.

Digitized by Google

Digitized by Google